



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2014

Commentationes Historiae Iuris Helveticae, Band XII

Edited by: Hafner, Felix ; Kley, Andreas ; Monnier, Victor

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-203066>

Edited Scientific Work

Published Version

Originally published at:

Commentationes Historiae Iuris Helveticae, Band XII. Edited by: Hafner, Felix; Kley, Andreas; Monnier, Victor (2014). Bern: Stämpfli.

COMMENTATIONES
HISTORIAE IVRIS
HELVETICAE

XII



Stämpfli Verlag

Prof. Dr. Felix Hafner
Prof. Dr. Andreas Kley
Prof. Dr. Victor Monnier

COMMENTATIONES HISTORIAE IVRIS HELVETICAE

COMMENTATIONES HISTORIAE IVRIS HELVETICAE

curantibus

Felix Hafner

Andreas Kley

Victor Monnier



In ædibus STÆMPFLI
BERNÆ
Anno MMXIV

© Stämpfli Editions SA Bern

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z. B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Gesamtherstellung:
Stämpfli Publikationen AG, Bern
Printed in Switzerland

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2014

Dieses Werk ist in unserem Buchshop unter
www.staempfliverlag.com erhältlich.

ISBN Print 978-3-7272-3136-0
ISBN Judocu 978-3-0354-1160-7



© Stämpfli Editions SA Bern

PRÆFATIO EDITORUM

Wir freuen uns, den Lesern der *Commentationes Historiae Iuris Helveticae* in der vorliegenden zwölften Ausgabe wiederum eine Auswahl von interessanten Beiträgen bieten zu können, die durch eine Vielfalt unterschiedlicher rechtsgeschichtlicher Themen gekennzeichnet sind.

Questa è l'occasione di ringraziare calorosamente i nostri autori per la loro collaborazione che è essenziale alla vita delle *Commentationes* poiché è grazie a loro che la nostra rivista viene pubblicata regolarmente.

Enfin nous ne saurions oublier dans nos remerciements celles qui, bon an mal an, avec constance et rigueur, réalisent ces numéros : Madame Isabelle Clerc et les Editions Stämpfli à Berne, de même que Madame Kathy Steffen du département genevois d'histoire du droit et des doctrines juridiques et politiques.

Felix Hafner Andreas Kley Victor Monnier

Tabula

Praefatio editorum	V
Commentationes	
Ljupcho Grozdanovski	3
<i>L'influence de la Rhétorique d'Aristote sur la pensée juridique de la preuve indirecte</i>	
Olivier Meuwly	27
<i>Rameau administratif ou Etat en petit ? La place de la commune dans l'histoire suisse et vaudoise</i>	
Andrea Schmid	39
<i>Die Abschaffung der Todesstrafe in der Schweiz</i>	
Goran Seferovic	65
<i>Direkte Demokratie und Homogenitätsklauseln – Volksgesetzgebung zwischen Recht und Politik</i>	
Miscellanea	
Marie Bron	95
<i>Jean Martin (1879–1962)</i>	

COMMENTATIONES

L'influence de la Rhétorique d'Aristote sur la pensée juridique de la preuve indirecte

Introduction

Des écrits médiévaux relatifs aux preuves indirectes et aux présomptions¹ ont, comme point de départ, la *Rhétorique* d'Aristote².

Un juriste pourrait être heurté par le fait que ce soit la rhétorique, en tant qu'art de convaincre, qui soit, historiquement, la source de la pensée *juridique* sur la preuve. Les positivistes auraient, en effet, tendance à considérer que la source *exclusive* de la preuve est la loi : c'est elle qui définit les moyens et modes de preuve, et détermine la valeur probante des différents types de preuve. Cependant, à lire les historiens contemporains en la matière, il semble être peu contesté que la rhétorique et la preuve ont d'indéniables 'liens de parenté'³, si l'on conçoit la preuve non du point de vue purement *légal*, mais du point de vue *logique*.

Dès lors qu'elle doit, en principe, reproduire aussi fidèlement que possible des faits litigieux, la preuve ne saurait être réduite à une simple reproduction machinale des faits ; elle doit *convaincre* un juge compétent qu'un fait est survenu ou non. En ce sens, outre la dimension procédurale, elle comprend – nécessairement – une dimension *logique* ou *argumentative* : il ne suffit pas de seulement produire des pièces pouvant établir l'existence d'un fait ; encore faut-il que ces pièces soient *argumentées* de manière à persuader un juge de la vérité des allégations des parties au litige.

* Doctorant, assistant de recherche, au Centre d'études juridiques européennes (CEJE), Faculté de droit, Université de Genève.

¹ Alciati, Andrea, *De praesumptionibus*, Francfort, 1580, 523 p., Menochius, Jacobus, *De praesumptionibus, conjecturis signis et indicis, tam civilibus quam canonicis*, Genève, Cramer, Perachon et Cramer fils, 1724, 592 p.

² Aristote, *Rhétorique*, trad. du grec de Jean Lauxerois, Paris, éd. Pocket, coll. Agora, 2007, 286 p.

³ Voir par exemple, Giuliani, Adolfo, « *Civilian treaties on presumptions, 1580-1620* » in *The Law of presumptions : essays in comparative legal history*, Helmholz, R.H. / Sellar, W. David H. (éd.), Berlin, Dunker & Humboldt, 2009, 252 p., pp. 21-72, spécialement p. 37 : « *we realise that the most appropriate instruments of analysis are not to be found in legal science, which is unable to provide the appropriate categories, but in other disciplines, and primarily in rhetoric. What treaties on presumptions make clear is that their subject matter extends beyond the boundaries of law : it is a common ground of jurists and rhetoricians* ».

Le fait que la preuve soit conçue comme étant, en substance, un argument apte à convaincre trouve une confirmation historique. Etymologiquement, la notion de *preuve* (lat. *probatio*) signifie « *épreuve, essai, vérification, inspection, examen* »⁴. En droit « *lorsqu'ils traitent la notion de preuve sur un plan général, les juristes sont d'accord pour considérer que la preuve concerne le fait et non le droit* »⁵.

Selon une *conception dynamique*, la preuve constitue « *l'opération amenant l'intelligence d'une manière indubitable et universellement convaincante (du moins en droit) à reconnaître la vérité d'une proposition* »⁶. Elle se traduit donc par le *processus d'établir un fait*, lequel comprend un ensemble de mécanismes juridiques (modes et moyens de preuve) et logiques (arguments probatoires) qui concourent dans la démonstration d'un fait⁷. Selon une conception plus *statique*, la preuve peut être entendue comme le *résultat* de ce processus, à savoir, comme une *réalité établie à suffisance* d'un fait, ou plutôt comme une *conviction*, une *croyance* générée auprès du juge qu'un état de fait est suffisamment démontré.

La *Common Law* connaît la distinction entre les notions de *proof* et *evidence* : « *proof* indique soit la démonstration des faits litigieux, soit le résultat de cette démonstration, cependant qu'*evidence* est plutôt équivalent de l'expression française 'mode de preuve'. Lorsque nous parlons du rapport entre les présomptions et les preuves, c'est dans cette signification de '*evidence*' qu'il faut entendre le mot preuve »⁸.

En gardant à l'esprit que celui qui prouve tend à convaincre d'une vérité, il s'ensuit qu'outre les aspects *objectifs*, comprenant les pièces probatoires, la notion de preuve comprend des aspects *subjectifs*, hérités de la rhétorique. Ainsi, un alléguant doit réunir les qualités d'un bon orateur aristotélicien⁹, qui doit persuader un juge ou un jury de la vérité – ou plutôt de la

⁴ Chatelain, Emile, *Dictionnaire Latin-français*, Paris, Hachette, 1903, 1515 p., spécialement p. 1090.

⁵ Causin, Eric, « *La preuve et l'interprétation en droit privé* » in Perelman, Chaïm/Foriers, Paul, *La preuve en droit : études*, Bruxelles, Bruylant, 1981, 366 p., pp. 197-237, spécialement p. 219.

⁶ Lalande, André, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 1996, 1323 p., spécialement p. 822. Voir aussi Wróblewski, Jerzy, « *La preuve juridique : axiologie, logique et argumentation* » in Perelman, Chaïm / Foriers, Paul, *La preuve en droit : études*, Bruylant, Bruxelles, 1981, 366 p., pp. 331-355, spécialement p. 333, soulignage ajouté.

⁷ Niyungeko, Gérard, *La preuve devant les juridictions internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 480 p., spécialement p. 1.

⁸ Grossen, Jacques-Michel, *Les présomptions en droit international public*, Neuchâtel / Paris, Delachaux et Niestlé, 1954, 189 p., spécialement p. 24.

⁹ Ces qualités seront étudiées *infra*.

vraisemblance¹⁰ – des arguments qu'il présente. J. Bentham a, en ce sens, défini la preuve comme un fait qui est *réputé* être vrai, et qui constitue la raison de croire (*reason for believing*) qu'un autre fait, lié au premier, est, lui aussi, vrai¹¹. Pour I. H. Dennis, le terme *evidence* est une information qui offre un *motif de croire* (*grounds for belief*) qu'un fait, ou un ensemble de faits, est vrai¹². En France, J. Domat a appelé preuve « *ce qui persuade l'esprit d'une vérité* »¹³. En effet, « *les preuves ne sont utiles que si elles peuvent être employées pour entraîner la conviction du juge* »¹⁴. La vérité dont il s'agit n'est pas une vérité métaphysique, mais une vérité *factuelle* : « *la preuve n'ayant donc pour objet qu'une réalité concrète, sensible et observable, l'opération de preuve ne s'applique qu'à la vérification de la réalisation des éléments matériels* »¹⁵.

Toutes ces définitions, indépendamment des traditions juridiques dont elles sont issues, convergent sur un point : la finalité première de la preuve en droit est de *persuader*. Mais, n'est-ce pas aussi la finalité de la rhétorique ? La théorie de la preuve juridique peut être comprise comme étant une expression de l'art de la rhétorique en droit, justifiant le fait que l'on puisse parler d'une *rhétorique probatoire* en droit de la preuve. Les auteurs médiévaux n'avaient donc pas tout à fait tort de se référer en premier lieu à la Aristote, lorsqu'ils étudiaient la preuve car – il faut bien le reconnaître – les preuves existaient en tant qu'arguments bien avant que le droit, au sens positiviste, les 'enferme' dans des catégories juridiques. D'ailleurs, J. Ph. Lévy précise que « *le terme qu'emploie Aristote et que nous traduisons par 'preuve' (...) signifie proprement foi ou croyance* »¹⁶, mais c'est Cicéron « *qui utilise probare, probatio, pour parler de la preuve, dit plus souvent argumentum. Au sens large, argumentum peut désigner toute preuve voire tout moyen de persuader ou entraîner l'auditoire* »¹⁷.

¹⁰ Il s'agit, sur ce point de l'argument vraisemblable chez Aristote. Ce type d'argument sera étudié *infra*.

¹¹ Bentham, Jeremy, *A treatise on judicial evidence*, Londres, éd. Baldwin, Cradock and Joy, 1825, 366 p., spécialement p. 8.

¹² Dennis, I. H., *The Law of evidence*, 3^{ème} éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2007, 898 p., spécialement p. 5.

¹³ Domat, Jean, *Œuvres complètes*, Paris, Firmin Didot, 1828, 508 p., spécialement p. 137.

¹⁴ Goubeaux, Gilles, « *Le droit à la preuve* » in Perelman, Chaïm / Foriers, Paul, *La preuve en droit : études*, op.cit., pp. 277-301, spécialement p. 293.

¹⁵ Causin, Eric, « *La preuve et l'interprétation en droit privé* » op.cit., spécialement p. 205, soulignage ajouté.

¹⁶ Lévy, Jean Philippe, « *Les classifications des preuves dans l'histoire du droit* » in Perelman, Chaïm / Foriers, Paul, *La preuve en droit : études*, op.cit., pp. 27-58, spécialement p. 29.

¹⁷ *Idem*, spécialement p. 30.

L'objet de la présente étude est la preuve *indirecte* qui, selon la majorité des droits contemporains, est à distinguer de la preuve dite *directe*. Cette distinction n'est pas une 'invention' moderne. Déjà Aristote séparait les moyens de persuader qui relèvent de la rhétorique de ceux qui n'en relèvent pas. Les premiers « *sont ceux qu'il est possible d'élaborer par nous-mêmes, selon une méthode* »¹⁸, alors que les seconds sont « *tous ceux qui ne nous sont pas fournis par nous-mêmes, mais qui ont été préalablement donnés : ainsi les témoignages, les aveux sous la torture, les documents et le reste* »¹⁹. Cicéron a repris cette division qui, grâce à la traduction de Quintilien, a reçu l'appellation utilisée par J. Menochius dans son traité *De praesumptionibus*²⁰ : il s'agit des preuves dites non-artificielles (*probatio inartificialis*) et artificielles (*probatio artificialis*), qui correspondent aux modes de preuve directe et indirecte dans les droits contemporains²¹. Cette division est fondée, selon G. Cansacchi, sur le type de *relation* entre celui qui prouve et l'objet de la preuve²². Dans le cadre de la preuve directe, cette relation est *immédiate*, car les pièces établissant le fait litigieux sont *directement* portées à la connaissance de l'autorité chargée de vérifier son existence²³. En revanche, dans le cadre de la preuve indirecte, le rapport entre le sujet et l'objet de la preuve est *médiata*, car la preuve d'un fait dépend et découle de la preuve d'un autre fait²⁴. En droit français, la preuve directe comprend les modes de preuve dits *parfaits*, employés pour la preuve des actes juridiques par le biais des actes authentiques²⁵ et sous seing privé²⁶ ainsi que de l'aveu²⁷ et du serment décisoire.

¹⁸ Aristote, *Rhétorique*, op. cit., spécialement p. 44.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Menochius, *De praesumptionibus*, op. cit.

²¹ Chatelain, Emile, *Dictionnaire Latin-français*, op.cit., spécialement p. 109.

²² Cansacchi Giorgio, *Le presezioni nel diritto internazionale : contributo allo studio della prova nel processo internazionale*, Naples, Eugenio Jovene, 1939, 159 p., spécialement p. 11.

²³ *Ibid* : « *si ha prova diretta quando la relazione fra il soggetto e l'oggetto di prova è immediata, nel senso, cioè, che il fatto da verificare cade direttamente sotto i sensi dell'organo verificatore* ».

²⁴ *Ibid* : « *si ha, invece, prova indiretta allorché questa relazione è mediata, cioè il verificatore giunge a constatare l'esistenza del fatto da provare attraverso un fatto diverso da questo, il quale gli fornirà il mezzo di risalire al primo* ».

²⁵ Article 1317 du code civil français : « *L'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises* » (al. 1) « *Il peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat* » (al. 2).

²⁶ Article 1325 du code civil français, qui prévoit, à son premier alinéa que « *Les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct* ».

La preuve indirecte, appelée circonstancielle (*circumstantial evidence*) dans les droits de *Common Law*²⁸, suppose la preuve préalable de certains faits, à partir desquels il est possible de *raisonnablement* inférer l'existence ou l'inexistence d'un autre fait que l'on cherche, en réalité, à prouver²⁹. Ce sont donc les *circonstances* entourant le fait litigieux qui permettent de l'établir, à défaut de preuves établissant *immédiatement* son existence. En droit français, il s'agit des modes de preuves dits *imparfaits*, utilisés pour la preuve des faits juridiques³⁰ par le biais du témoignage³¹, des présomptions légales³² et de l'homme³³ ainsi que du serment supplétoire ou estimatoire³⁴. Compte tenu de cette classification, les présomptions « *ne sont pas autre chose que les preuves indirectes appliquées à la recherche de la vérité en justice. Elles s'opposent aux preuves directes à qui on réserve le nom de preuve proprement dites* »³⁵.

La considération selon laquelle les preuves directes seraient des 'preuves proprement dites', contrairement aux preuves indirectes, renvoie à une idée ancienne liée à la *crédibilité* de la preuve : la preuve directe a été appelée

²⁷ Article 1354 du code civil français : « *L'aveu qui est opposé à une partie est ou extrajudiciaire ou judiciaire* ».

²⁸ Pour un exposé des principales caractéristiques de la '*circumstantial evidence*' voir Well, William, *An essay on the principles of circumstantial evidence*, Londres, H. Butterworth, 1850, 280 p., spécialement pp. 15 ss.

²⁹ Voir notamment Heller, Kevin John, « *The cognitive psychology of circumstantial evidence* », Mich. L. Rev., 2006, vol. 105, n° 2, pp. 241-305, spécialement p. 250 : « *Circumstantial evidence is evidence from which the fact-finder can infer whether the facts in dispute existed or did not exist* ».

³⁰ La distinction entre acte et fait juridiques repose sur l'aptitude d'engendrer des effets de droit, déterminante pour les actes juridiques, mais pas pour les faits. Voir sur ce point, Batiffol, Henri, « *Observations sur la preuve des faits* » in Perelman, Chaïm / Foriers, Paul, *La preuve en droit : études, op.cit.*, pp. 303-314, spécialement p. 308 : « *[l'acte juridique] consiste en un acte volontaire accompli en vue d'engendrer des conséquences juridiques, par exemple un contrat. Les simples faits peuvent être indépendants de tout acte humain, par exemple le décès, qui ouvre succession du défunt ; ils peuvent aussi consister en un acte même volontaire de l'homme, mais qui n'a pas été accompli en vue d'engendrer des effets de droit* ».

³¹ Voir notamment les articles 200 à 203 du code français de procédure civile. L'article 201 prévoit que « *Les attestations doivent être établies par des personnes qui remplissent les conditions requises pour être entendues comme témoins* ». L'article 202, alinéa 1, précise que « *L'attestation contient la relation des faits auxquels son auteur a assisté ou qu'il a personnellement constatés* ».

³² Article 1350 du code civil français, *op.cit.*

³³ Article 1315 du code civil français, *op. cit.*

³⁴ Article 1366 du code civil français : « *Le juge peut déférer à l'une des parties le serment, ou pour en faire dépendre la décision de la cause, ou seulement pour déterminer le montant de la condamnation* ».

³⁵ Aron, Gustave, *Théorie générale des présomptions légales en droit privé*, Paris, Pedone, 1895, 197 p., spécialement p. 6.

non-artificielle car elle établit, par elle-même, un fait. En revanche, la preuve indirecte a été dite *artificielle*, car elle est plus un argument, qu'une pièce probatoire objective et tangible. D'ailleurs chez Cicéron, la notion d'*argumentum*, prise dans son sens étroit, « *s'oppose aux preuves inartificiales et coïncide avec les preuves artificielles* »³⁶. Du point de vue rhétorique, la distinction entre ces deux catégories de preuve repose sur le *degré de liberté de raisonnement* ou d'*argumentation* qui est laissé à celui qui prouve. En ce sens, la preuve directe permet de démontrer les faits litigieux sans que l'alléguant soit contraint à inférer leur existence à partir d'autres faits³⁷. Il en va autrement de la preuve indirecte. Cette dernière se rapproche plus de l'argument, car elle consiste, concrètement, en la mise en lien logique de faits clandestins (*indices*) qui, pris dans leur ensemble, tracent le chemin vers le fait qui devrait être finalement retenu ; ils rendent donc *probable* l'existence, ou l'inexistence, de ce dernier. Il est dès lors possible de conclure que la preuve indirecte repose sur une *inférence*, puisqu'elle résulte d'une « *opération par laquelle on admet une proposition dont la vérité n'est pas connue directement, en vertu de sa liaison avec d'autres propositions déjà tenues pour vraies* »³⁸. Cette liaison « *peut être telle que la proposition inférée soit jugée nécessaire, ou seulement vraisemblable* »³⁹.

A concevoir la preuve indirecte comme un argument, et à s'y intéresser du point de vue logique, la *Rhétorique* d'Aristote constitue une importante référence permettant de comprendre les raisonnements qui caractérisent cette preuve. Il y a, en effet, un trait commun qui réunit la rhétorique et la théorie de la preuve : c'est la notion de *vraisemblance*. En rhétorique, un argument vraisemblable est considéré comme convaincant (I), alors qu'en matière de preuve indirecte, un fait vraisemblable est considéré comme un fait établi (II).

³⁶ Lévy, Jean Philippe, « *Les classifications des preuves dans l'histoire du droit* », *op. cit.*, spécialement p. 30.

³⁷ Heller, Kevin John, « *The cognitive psychology of circumstantial evidence* », *op.cit.*, spécialement p. 248 : « *Direct evidence is evidence that 'proves a fact without an inference or presumption and which in itself, if true, establishes that fact'* ».

³⁸ Lalande, André, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, *op.cit.*, spécialement p. 510.

³⁹ *Ibid.*

I. En matière de rhétorique : argument vraisemblable, argument convaincant

La première affirmation d'Aristote dans la *Rhétorique* est que celle-ci « *est le pendant de la dialectique* »⁴⁰ car « *l'une et l'autre, en effet, traitent de questions dont la connaissance, d'une manière ou d'une autre, est commune à tous, et ne relève pas d'une science particulière* »⁴¹. C'est pour cette raison que « *tous les hommes sont concernés par l'une et l'autre : tous, en effet, dans une certaine mesure sont en situation d'avoir à examiner un propos ou à l'étayer, d'avoir à développer une défense ou une accusation* »⁴².

La rhétorique s'intéresse donc à la recherche et à l'établissement d'une vérité, sans qu'il soit nécessaire d'en « *posséder un savoir technique, et ce, devant des auditeurs qui ne peuvent pas considérer synthétiquement toute la diversité des choses, ni avoir un raisonnement logique de grande ampleur* »⁴³.

Aristote ne confond toutefois pas la vérité 'philosophique' et la vérité 'sophistique' ; il affirme, au contraire, qu'un argument tend à établir, le plus souvent, ce qui se *rapproche du vrai* : « *voir le vrai et voir ce qui s'apparente au vrai relèvent de la même capacité ; d'ailleurs, en leur être même, les hommes sont suffisamment ouverts au vrai et parviennent le plus souvent à la vérité : aussi bien, être auprès du vraisemblable dans la probabilité relève de la même disposition que de la vérité* »⁴⁴.

La vraisemblance devant ainsi caractériser tout argument convaincant, il convient de s'interroger sur les éléments qui déterminent la *force de persuasion* d'un discours. Suivant Aristote, ces éléments sont de deux types. Il y a, d'une part, les qualités propres à l'orateur (les techniques rhétoriques) (A) et d'autre part, les éléments propres au discours (les moyens rhétoriques) (B).

A. Éléments tenant aux qualités de l'orateur : les techniques rhétoriques

Pour Aristote, la manière dont une vraisemblance est établie dépend, dans une large mesure, si non exclusivement, des capacités rhétoriques et dialectiques de l'orateur. En revanche, la *crédibilité* des arguments avancés – pris objectivement en tant qu'arguments cohérents et logiques, nonobstant la personne de l'orateur – dépend du fondement que ceux-ci trouvent dans le

⁴⁰ Aristote, *Rhétorique*, *op. cit.* spécialement p. 37.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Idem*, spécialement p. 48.

⁴⁴ *Idem*, spécialement p. 41.

vrai et dans le juste : « *la rhétorique est utile, parce que le vrai et le juste, en vertu de leur être même, ont plus de force que leurs contraires, et que leur défaite leur incombe donc nécessairement les jugements ne sont pas rendus dans le sens qu'il faut* »⁴⁵.

Il s'ensuit que la notion d'*argument convaincant* comporte, de manière générale, deux principales dimensions : une *logique* ou *dialectique*, et une *axiologique*. En ce qui concerne la première dimension, un argument construit logiquement aurait – naturellement – plus de force de persuasion qu'un argument fallacieux. Quant à la seconde dimension, un argument qui serait perçu par un auditoire comme exprimant un aspect ponctuel d'une conception communément admise du vrai ou du juste, serait plus apte à emporter la conviction. L'argument qui réunit ces deux dimensions est, en principe, construit suivant une *technique rhétorique* qui réunit trois qualités spécifiques: la disposition éthique de l'orateur, la manière de mettre l'auditeur dans une situation affective particulière, et le discours lui-même.

En ce qui concerne l'orateur, Aristote précise qu'il devrait être un homme juste et raisonnable: « *la disposition éthique de l'orateur a une force de persuasion, lorsque le discours est prononcé de telle manière que l'orateur inspire la confiance : car nous faisons plus rapidement plus grande confiance aux gens de bien, sur toute question en général, mais tout particulièrement sur celle où la précision manque ou le doute demeure* »⁴⁶. Toutefois, « *cette confiance-là, elle aussi doit naître du discours même et non de je ne sais quel préjugé favorable à l'orateur* »⁴⁷.

L'affectation de l'auditeur « *advient du fait des auditeurs, lorsque le discours les affecte de telle ou telle manière : de fait, nous ne rendons pas le même jugement dans la tristesse ou dans la joie, dans l'amicalité ou dans l'animosité* »⁴⁸.

Pour ce qui est, enfin, du discours lui-même, « *le discours (...) produit la persuasion lorsque nous exposons le vrai ou le vraisemblable à partir des éléments qui, dans chaque question, permettent la persuasion* »⁴⁹.

Aristote conçoit ainsi le discours non comme un *acte déclaratif* consistant à énoncer une affirmation ; il s'agit plutôt d'un *acte communicationnel*. En effet, le discours *stricto sensu* n'est qu'un élément qui contribue à générer la persuasion. Aristote implique aussi la personne de l'orateur avec ses prédispositions intellectuelles et morales, ainsi que l'auditoire, avec ses prédispositions affectives. L'auditoire n'a donc pas un rôle passif ; il n'est pas

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Idem*, spécialement p. 45.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*

le simple récepteur du discours prononcé. Il a, au contraire, un rôle extrêmement important puisque c'est lui qui émet le jugement final sur le fait de savoir si un discours réussit à persuader.

B. Eléments tenant à la logique du discours : les moyens rhétoriques

Il y a, selon Aristote, trois moyens – en réalité syllogismes – de persuasion, liés à la démonstration logique du vrai ou du vraisemblable. Il s'agit du raisonnement inductif, comprenant l'exemple, du syllogisme et du syllogisme apparent⁵⁰. La philosophe affirme : « *pour moi, donc, le raisonnement vraisemblable est le syllogisme de la rhétorique, et l'exemple est le raisonnement inductif de la rhétorique. Tous les orateurs produisent la persuasion en démontrant soit par des exemples soit par des raisonnements vraisemblables : il n'y a rien d'autre* »⁵¹. En ce sens, le raisonnement vraisemblable se traduirait par le processus suivant : « *partir de plusieurs cas semblables pour démontrer ce qu'il en est, c'est un raisonnement inductif en dialectique, et c'est un exemple en rhétorique ; partir de présupposés pour en déduire une proposition différente, en vertu même de ces présupposés et de leur valeur générale ou la plus fréquente, cela s'appelle un raisonnement par syllogisme en dialectique, et c'est un raisonnement vraisemblable en rhétorique* »⁵².

Il est intéressant de relever que dans la construction du raisonnement vraisemblable, Aristote distingue les arguments fondés sur une *nécessité* et ceux fondés sur la *fréquence*. Il précise, sur ce point, que « *parmi les données dont partent les syllogismes rhétoriques, il y en a peu de nécessaires* »⁵³. En outre, « *les propositions fréquentes et possibles procèdent de raisonnement qui sont nécessairement de cette même sorte, et les propositions nécessaires relèvent de raisonnement nécessaires* »⁵⁴. Partant, « *le raisonnement vraisemblable étant formé à partir de vraisemblances et d'indices, il s'ensuit nécessairement que ces deux éléments auront ces deux traits du 'nécessaire' et du 'le plus fréquent'* »⁵⁵.

Le vraisemblable est, en ce sens, « *ce qui advient de la manière la plus fréquente : non, certes, dans l'absolu, comme certains le définissent, mais comme ce qui, dans le registre de ce qui peut être ainsi ou autrement, est en*

⁵⁰ *Idem*, spécialement p. 46.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Idem*, spécialement p. 47.

⁵³ *Idem*, spécialement p. 50.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.*, soulignement ajouté. Le nécessaire et le plus fréquent ont une expression dans la théorie juridique de la preuve indirecte est seront étudiés *infra*.

relation avec ce quant à quoi il est vraisemblable, comme le général est en relation avec le particulier »⁵⁶.

En ce qui concerne les indices, « *d'un côté, celui qui est nécessaire, c'est la preuve, de l'autre celui qui ne l'est pas n'a pas reçu de nom exprimant sa différence. Cela dit, j'appelle nécessaires les indices à partir desquels le raisonnement selon syllogisme advient* »⁵⁷. Le philosophe estime que parmi les indices, « *c'est la preuve qui est de ce type : de fait lorsqu'on croit qu'il est impossible de réfuter un argument avancé, on croit alors apporter une preuve, considérée comme démontrée, c'est-à-dire, pousse jusqu'à son terme : de fait dans le langage, tekmar ('preuve') et péras ('terme') c'est la même chose* »⁵⁸.

La réflexion d'Aristote sur les indices, et plus généralement sur le raisonnement vraisemblable, est importante, puisqu'elle met en avant le procédé logique de base de toute preuve indirecte : il faut des *faits certains* afin d'émettre un jugement sur la vérité d'un *fait incertain*. Lorsque ce fait est un fait litigieux que l'on cherche à établir, les indices 'certains' – à l'instar des indices en rhétorique – ne pourront pas établir ce fait avec certitude, mais seulement le rendre vraisemblable. C'est sur ce point que droit et rhétorique, telle qu'étudiée par Aristote, se rejoignent.

II. En matière de preuve : fait vraisemblable, fait établi

A bien y regarder, il est possible de trouver les traces d'Aristote à trois niveaux de la théorie et pratique juridiques de la preuve : premièrement, au niveau de la logique de la preuve indirecte (**A**), deuxièmement, au niveau du jugement conduisant un désigner un fait comme vraisemblable (**B**), troisièmement, au niveau de la pratique des juridictions internationales et européennes en matière de preuve indirecte (**C**).

A. Les traces d'Aristote dans la logique de la preuve indirecte

En rhétorique, tout raisonnement vraisemblable part des indices. Ces derniers sont la matière brute, les éléments qui sont logiquement mis en lien par celui qui construit un argument. Cependant, c'est le qualificatif de 'vraisemblable' qui mérite plus d'attention, car il implique un *jugement sur la vérité d'un fait*

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibid.*

ou d'une affirmation. La 'valeur de vérité' (*truth value*) a, en tant que telle, fait l'objet autonome d'études plus récentes relatives à la preuve. Par exemple, les présomptions, faisant partie de la preuve indirecte, ont été qualifiées d'estimations provisoires de la vérité de certains faits (*provisionally acceptable truth claims*)⁵⁹. Toutefois, à transposer la théorie aristotélicienne du raisonnement vraisemblable à la preuve indirecte en droit, il convient de souligner, d'abord, la nécessité d'indices permettant d'établir un fait incertain (1), et ensuite, la proximité 'de genre' entre les indices et le fait dont la preuve est recherchée (2).

1. Le rôle des indices

Les indices font office de faits certains. Appelés *signes*, ceux-ci peuvent être *nécessaires* (*tekmerion* ou *signum*), lorsqu'elles traduisent un rapport *exclusif* et *constant* entre une cause et un effet. Ils peuvent aussi être *probables* (*eikos* ou *verisimile*)⁶⁰, si un fait certain donne lieu à plusieurs conclusions possibles. Dans la doctrine anglo-saxonne, la notion de *faits certains* ou *avérés* a été étudiée par R. Whately, qui a opéré une – subtile – distinction entre la *prémisse* et le *signe*. La première est, selon l'évêque, un fait qui est la *condition* pour qu'un autre fait soit considéré comme vrai. Le second, en revanche, est un fait dont on doit *raisonnablement pouvoir anticiper* les conséquences.

L'avantage des faits certains est qu'ils sont dépourvus de doutes, rendant ainsi inutile toute preuve de leur existence. Le terme utilisé dans les droits de *Common Law* pour désigner ceux-ci est celui d'*évidences* (*self-evident facts*), dont l'expression la plus poussée en droit est la théorie des *faits notoires*. Les *signes* et *indices* dans la preuve indirecte sont donc primordiaux, car ils rendent possible le mouvement de pensée qu'est la *conjecture*. D'ailleurs, la preuve indirecte a historiquement été appelée *preuve conjecturale*. J. Menochius, influencé par Balde, a considéré que les notions d'*indice* et de *conjecture* sont synonymes⁶¹. L'indice est, selon l'auteur, une conjecture qui met en évidence des conséquences probables, mais pas nécessaires, de certains faits⁶².

⁵⁹ Rescher, Nicholas, *Presumption and the practices of tentative cognition*, Cambridge, Cambridge University Press, 180 p., spécialement p. 32.

⁶⁰ Voir sur ce point Giuliani, Adolfo, « *Civilian treaties on presumptions, 1580-1620* », *op.cit.*, spécialement p. 43.

⁶¹ Menochius, *De praesumptionibus*, *op.cit.*, spécialement p. 9 : « *conjectura et indicium sunt duo synonyma* ».

⁶² *Idem*, spécialement p. 10 : « *est indicium conjectura ex probabilis et non necessariis orta, à quibus potest abesse veritas* ».

Il s'ensuit que les faits certains *cautionnent* la vérité du fait litigieux et doivent, dès lors, être suffisamment *concordants* pour qu'un juge compétent soit, en raison de cette concordance, davantage persuadé que le fait dont l'on cherche la preuve a, ou n'a pas eu lieu⁶³. Au sujet des présomptions par exemple, J. Domat a souligné que « *la certitude ou l'incertitude des présomptions, et l'effet qu'elles peuvent avoir pour servir de preuves, dépend de la certitude ou incertitude des faits dont on tire les présomptions, et de la justesse des conséquences qu'on tire de ces faits pour la preuve de ceux dont il s'agit* »⁶⁴. Il a considéré, en outre, que « *lorsqu'une chose est signe d'une autre, on présume la vérité de celle qui est signifiée par la certitude de celle qui la signifie* »⁶⁵.

L'on peut dès lors conclure que la concordance des faits certains permettant d'établir un fait litigieux implique, d'abord, l'absence de contradiction : plus les indices sont concordants ou convergents, plus la vraisemblance du fait à prouver sera forte. Elle implique ensuite que les faits certains et le fait que l'on cherche à prouver sont *connexes*, c'est-à-dire, relèvent du même genre.

2. *La proximité 'de genre' entre les indices et les faits dont la preuve est recherchée*

A se référer aux définitions retenues de la preuve indirecte⁶⁶, le fait que l'on cherche à prouver ne pouvant pas être démontré directement, il est établi au moyen de la preuve préalable d'un autre fait qui doit, nécessairement, être proche au premier. La preuve de la paternité est, sur ce point, un exemple parlant. En effet, lorsque l'on cherche à établir une paternité, c'est la preuve de la naissance d'un enfant dans le cadre d'un mariage qui permet de tenir pour *vraisemblable* – et non *certain* – le fait que le mari de la mère est le père biologique de l'enfant de celle-ci.

L'on peut observer que lorsqu'une chose connue est 'signe' d'une chose inconnue ou douteuse, la première, en tant que chose certaine, constitue le fondement sur lequel la deuxième peut être tenue pour 'probablement vraie' ou 'vraisemblable'. Or, pour qu'il y ait '*vraisemblable*' il faut au préalable qu'il y ait le '*semblable*'. Il serait, en effet, absurde d'établir un fait, afin de

⁶³ Cansacchi, Giorgio, *Le prezunzioni nel diritto internazionale : contributo allo studio della prova nel processo internazionale*, op. cit., spécialement p. 21.

⁶⁴ Domat, *Oeuvres complètes*, op.cit., spécialement p. 166. En soulignant « *la justesse des conséquences qu'on tire* » des présomptions, Domat fait allusion à la plausibilité, en tant que qualité inhérente aux présomptions, qui a été étudiée par une doctrine contemporaine et qui sera étudiée plus loin, voir *infra*, p. 51.

⁶⁵ *Ibid*, soulignement ajouté.

⁶⁶ Voir *supra*.

rendre probable un fait d'un genre différent. Aristote l'a d'ailleurs souligné au sujet de l'*exemple* qui, en tant que syllogisme inductif, traduit une relation du « *semblable au semblable, lorsque deux éléments appartiennent au même genre, mais que l'un des deux est plus connu que l'autre* »⁶⁷.

La proximité 'de genre' entre les faits certains et le fait litigieux permet d'expliquer la raison pour laquelle le fait démontré suivant une preuve indirecte, ne peut pas l'être d'une manière *certaine*, mais uniquement d'une manière *probable*. En effet, lorsque cette preuve est employée pour établir un fait, ce dernier est un principe un fait douteux, mal connu, dépourvu de preuves directes. Il s'agit d'une « *réalité insuffisamment connue, ou mieux, un acte volontaire de l'esprit, tenant pour certain ce qui est douteux, pour avéré ce qui est tout au plus probable* »⁶⁸. C'est en ce sens que dans l'impossibilité de prouver, directement, un fait litigieux, il faut se tourner vers les *faits voisins* à ce dernier afin de tirer une conclusion quant à la vérité du premier fait. Par exemple, il n'est jamais certain qu'un homme est le père d'un enfant ; mais s'il est marié à la mère de celui-ci, la paternité devient probable et, en vertu d'une présomption légale, un fait présumé.

B. Les traces d'Aristote dans la désignation du fait vraisemblable

La désignation d'un fait comme vraisemblable implique un *jugement* relatif à la qualité de vrai qui peut être attribuée à ce fait (1), mais conduit aussi à s'interroger sur les *critères* selon lesquels est fait ce jugement (2).

1. Le jugement relatif à la vérité du fait dont la preuve est recherchée

L'une des questions principales étudiées dans la théorie des probabilités a été celle de l'*évaluation* des caractéristiques objectives, communes à plusieurs faits, ou phénomènes, observables. La difficulté de la question réside dans le fait « [qu'] il n'y a pas de commune mesure qui permette d'évaluer la relation qui existe entre deux faits »⁶⁹.

Le *probable* peut être défini comme ce « *qui a de sérieuses chances de se produire et dont il est raisonnable de prévoir* », pour des événements futurs, ou comme « *très plausible et donc qu'il est naturel de présumer* », pour des

⁶⁷ Aristote, *Rhétorique*, op. cit., spécialement p. 51, soulignage ajouté.

⁶⁸ Gény, François, *Science et technique de droit privé positif*, Paris, Sirey, 1921, T. III, spécialement p. 328.

⁶⁹ Aron, Gustave, *Théorie générale des présomptions légales en droit privé*, Paris, Pedone, 1895, 197 p., spécialement p. 15.

événements passés⁷⁰. La probabilité se situe dès lors « à mi-chemin entre la possibilité et la certitude »⁷¹. Elle est, selon J. M. Keynes, une exclusion raisonnable du doute ou une croyance rationnelle (*rational belief*) que la connaissance acquise sur une chose présente un degré satisfaisant de certitude, permettant de la considérer comme établie⁷².

En philosophie, le raisonnement vraisemblable d'Aristote a été repris, *mutatis mutandis*, à l'époque des lumières. Cependant, contrairement à Aristote, qui a cantonné l'étude de ce raisonnement dans le domaine de la rhétorique, des philosophes, dont le plus représentatif est sans doute D. Hume, ont transposé cette idée à la connaissance de manière générale. Selon Hume, la connaissance est composée d'un ensemble de conclusions probables, issues de la comparaison constante⁷³ que les hommes font entre les choses et les effets qu'elles engendrent⁷⁴. L'une des questions centrales chez le philosophe a été celle de savoir pourquoi les mêmes causes produisent nécessairement les mêmes effets⁷⁵. La conclusion à laquelle il est parvenu a été que les probabilités – en tant que données objectives sur des phénomènes observables – ne suffisent pas pour expliquer la *nécessité* qui lie les différentes causes aux conséquences qu'elles produisent. Il a alors ajouté un autre élément : celui du *jugement* rendu selon la croyance ou l'opinion commune (*belief*)⁷⁶. La théorie de Hume a rapidement été reprise dans la

⁷⁰ Cornu, Gérard, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2005, 970 p., spécialement p. 711. Voir aussi Caire, Anne-Blondine, *Relecture du droit des présomptions à la lumière du droit européen des droits de l'Homme*, Paris, Pedone, 2012, 436 p., spécialement p. 56 : « Le terme probable a deux sens. Au sens épistémologique, la probabilité est la vraisemblance, la crédibilité (...) Au sens mathématique, la probabilité est le rapport du nombre d'occurrences effectives au nombre d'occurrences possibles d'un événement ». L'auteure considère qu'en matière de présomption, la probabilité la plus souvent utilisée (pour les présomptions dites *preuves*) est la probabilité épistémique.

⁷¹ Decottignies, Roger, *Les présomptions en droit privé*, Paris, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1950, 328 p., spécialement p. 22.

⁷² Keynes, John Maynard, *A treatise on probability*, Londres, Macmillan & Co., Ltd, 1921, 466 p. spécialement p. 15.

⁷³ Hume, David, *The philosophical works of David Hume*, vol. I, *Treatise on human nature*, Edimbourg, 1821, 347 p.

⁷⁴ *Idem*, spécialement p. 110. D. Hume considère que tout rapport entre les phénomènes et les choses traduit une relation de ressemblance, de proportions quantitatives, de proportions qualitatives ou de contradiction.

⁷⁵ *Idem*, spécialement p. 115 : « why we conclude, that such particular causes must necessarily have such particular effects, and why we form an inference from one another ? ».

⁷⁶ La croyance est définie par D. Hume comme une idée vive (*lively idea*) liée à une impression présente, voir *idem*, spécialement p. 132 : « An opinion therefore or belief may be most accurately defined, a lively idea related to or associated with a present impression ». R. Decottignies estime, au sujet de la notion d'idée vive, que « celui qui [formule un jugement] se fait simplement interprète de la vivacité de l'image qui

théorie générale de la preuve indirecte, notamment, dans la théorie générale de la présomption: « *le caractère probable d'un fait s'impose à l'esprit. Un impératif logique lie le jugement de l'auteur de la présomption. La conduite qu'il tient n'implique aucune décision de sa part* »⁷⁷.

L'idée de *jugement* implique qu'il ne suffit pas de simplement constater, à l'issue d'une observation, qu'une cause produit *habituellement* un effet : la mari d'une mère est, en effet, *habituellement* le père de son enfant. Il convient plutôt de s'intéresser de la *finalité* que l'on poursuit lorsque l'on désigne un fait comme probable : pourquoi *faut-il* que le mari d'une mère soit considéré comme le père biologique de son enfant ? Les présomptions fournissent, sur ce point encore, une illustration parlante. A reprendre l'exemple de la paternité, est-ce en raison d'une réitération dans le temps qu'elle se présume, ou est-ce plutôt en raison du fait qu'il est *plausible* qu'il en soit ainsi, afin de prévenir la multiplication des actions en contestation de paternité et compromettre la paix familiale ? Outre la probabilité 'objective' ou 'observationnelle' issue, en substance, d'un acte d'observation, il faut donc introduire une autre dimension de la probabilité que l'on peut appeler 'plausibilité', résultant d'un acte de jugement quant à l'utilité pratique que l'on cherche en désignant un fait comme probable.

Les théoriciens modernes en matière de probabilités, ainsi qu'en matière de preuve, considèrent que le *plausible* est un élément indissociable du *probable*. L'évêque R. Whately a d'ailleurs critiqué la dissociation entre ces deux aspects de la théorie des probabilités, en considérant que le premier est, en réalité, une sous-espèce du second⁷⁸. Parmi les théoriciens contemporains, D. Walton adopte substantiellement la même position⁷⁹. N. Rescher admet que le probable est un *critère de classification*, car il permet d'hierarchiser un certain nombre de données selon des critères objectifs. Toutefois, le *plausible* est, selon lui, l'élément déterminant car il suppose une *décision* sur ce qui est préféré dans un ordre juridique ou social donné. En ce sens, la probabilité fonde la *qualité de preuve suffisante* à un fait, alors que la plausibilité accroît l'*autorité de preuve* de ce fait⁸⁰.

s'impose à lui », voir Decottignies, Roger, *Les présomptions en droit privé*, op.cit., spécialement p. 25.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ Whately, Richard, *Rethoric*, op.cit., spécialement p. 17.

⁷⁹ Walton, Douglas, *Legal argumentation and evidence*, Penn. State Univ. Press, 374 p., spécialement p. 15.

⁸⁰ Rescher, Nicholas, *Plausible reasoning : an introduction to the theory and practice of plausibilistic inference*, Assen/Amsterdam, Van Gorcum, 1976, 124 p. spécialement p. 28 : « *With probability we ask 'how many alternatives does the thesis engross in its content ?' ; with plausibility 'how reputable a source or principle speaks for the*

2. Les critères de jugement sur la vérité du fait dont la preuve est recherchée

Dès lors que la qualification d'un fait de *probablement vrai* implique un jugement, encore faut-il déterminer les critères par rapport auxquels ce jugement est effectué. Aristote l'a précisé dans sa *Rhétorique*: un argument persuasif est celui qui articule des présupposés communs, ou des conceptions communes notamment du juste.

Les écrits d'une doctrine aristotélicienne plus récente permet de discerner deux critères majeurs qui s'attachent au jugement sur la sur la vérité du fait que l'on cherche à prouver. Il s'agit, d'une part, du principe *quid prelumque fit*, exprimant l'idée de fréquence (a), et d'autre part, du *sens commun*, exprimant un savoir commun ou populaire (b).

a. L'observation de ce qui arrive le plus souvent

En matière de preuve indirecte, il est souvent considéré que notamment les présomptions sont des expressions du principe *quid prelumque fit*. La présomption de paternité en est – une fois encore – un exemple illustratif, car, bien qu'il ne soit pas certain que les conjoints des mères sont dans *tous les cas*, les pères biologiques de leurs enfants, toujours est-il qu'il s'agit d'une réalité historiquement confirmée : dans une *grande majorité des cas*, les enfants nés dans le cadre d'un mariage ont – très probablement – pour père les conjoints de leurs mères.

Dans son traité relatif aux présomptions, A. Alciat a même structuré son étude suivant trois règles 'universelles', toutes expressions du principe *quod prelumque fit*. La première règle posée est que les qualités inhérentes, ou naturelles, chez l'homme se présument toujours (*quod qualitas naturaliter inest homini, semper adesse praesumitur*)⁸¹. Il cite, à ce titre, l'amour présumé d'un père pour son fils, comme fondement pour un certain nombre de droits successoraux⁸². Selon la deuxième règle, ce qui est susceptible de changer ne peut pas être présumé (*quod mutatio non praesumatur*)⁸³, et inversement, et c'est la troisième règle générale, ce qui est constant se présume toujours (*quod semper fit praesumptio in meliorem partem*)⁸⁴. Le juge W. Blackstone a, dans son ouvrage *Commentaries on the laws of England*, s'est montré particulièrement 'aristotélicien' au sujet de la preuve

thesis ?'. In the former case we orient ourselves towards the content of the thesis, in the other towards its probative credentials ».

⁸¹ Alciati, Andrea, *De praesumptionibus*, op.cit., spécialement pp. 29 ss.

⁸² *Idem*, spécialement p. 146.

⁸³ *Idem*, spécialement pp. 144 ss.

⁸⁴ *Idem*, spécialement pp. 239 ss.

par présomptions, en estimant qu'à défaut d'une preuve directe d'un fait litigieux, il faut se tourner vers la circonstance qui donne *nécessairement* ou *normalement* (*necessarily or usually*) naissance à ce dernier⁸⁵. Parmi les auteurs français, A. Doyen a relevé que « *toutes les présomptions sont fondées sur la liaison qui existe entre une vérité connue et la vérité que l'on cherche, et sur la conséquence qu'on en peut tirer par analogie de ce qui arrive le plus souvent : praesumptio ex eo quod prelumque fit* »⁸⁶. Dans la mesure où les faits tenus pour établis en raison de l'expérience commune n'ont pas besoin d'être prouvés, ils sont des candidats idéaux (*truth candidates*)⁸⁷, en matière de présomptions, pour la substitution d'un fait connu à un fait dit inconnu : « *l'idée intermédiaire qui unit le fait connu et le fait inconnu n'est plus une idée de raison mais une idée d'observation, d'expérience. Elle ne constitue d'ailleurs qu'une probabilité comme toutes les observations fournies par les lois de la nature morale* »⁸⁸.

b. L'idée de normalité résultant du sens commun

Aristote affirmait qu'il faut « *user des maximes rebattues et des maximes les plus communes (...) parce qu'elles sont communes, en effet, on croit qu'elles expriment l'opinion unanime, et on considère qu'elles sont justes* »⁸⁹. Il faut souligner que le philosophe ne considère pas les maximes comme des expressions d'une sagesse philosophique – dans le sens de *sophia* – mais plutôt comme des expressions d'un savoir populaire, car ce savoir exprime ce qu'une majorité considère comme étant un état normal des choses. Le *normal* peut être défini comme « *à la fois le plus fréquent, le plus courant, en bref, une moyenne et en même temps, ce qui devrait être parce juste, utile, souhaitable voire nécessaire* »⁹⁰. Il constitue le contexte dans lequel les présomptions, et plus généralement les preuves indirectes, sont établies⁹¹.

⁸⁵ Blackstone, William, *Commentaries on the laws of England in four books*, Londres, Sweet & Maxwell, 1836, livre III, 450 p., pp 370 ss, spécialement p. 370

⁸⁶ Doyen, Alphonse, *De la preuve en général et des présomptions en particulier*, thèse pour la licence, faculté de droit de Strasbourg, imp. Edouard Huder, 1847, 25 p. spécialement p. 9.

⁸⁷ Selon l'expression de N. Rescher, voir Rescher, Nicholas, *Presumption and the practices of tentative cognition*, *op. cit.*, spécialement p. 36.

⁸⁸ Aron, Gustave, *Théorie générale des présomptions légales en droit privé*, *op.cit.*, spécialement p. 10.

⁸⁹ Aristote, *Rhétorique*, *op. cit.*, spécialement p. 189.

⁹⁰ Llorens-Frayse, Françoise, *La présomption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 1985, 380 p., spécialement p. 1.

⁹¹ Mendonca, Daniel, « *Presumptions* », *Ratio Juris* (1998), vol. 14, n° 4, pp 399-412, spécialement p. 402 : « *the contextual element plays an extremely important role in the analysis of the concept of acceptance* ».

Il est possible de distinguer deux types de normalité ; un dit *descriptif*, « qui reflète le consensus social, qui correspond à ce qui est considéré comme normal par la société », un autre dit *dogmatique* qui correspond « non plus à ce qui est observable dans la réalité, mais à des principes, à des valeurs, à des dogmes, qui permettent d'établir ce qui devrait être considéré comme un comportement ou une situation normale »⁹².

Lorsque l'on cherche à établir un fait par une preuve indirecte, la référence à la normalité, ou à ce qui est communément admis comme normal ou vrai, peut s'avérer utile. A reprendre l'exemple de la preuve de paternité, dire que le mari d'une mère est le père de son enfant n'a rien de choquant ; c'est plutôt le contraire qui serait perçu comme un état de fait 'anormal'. Dès lors, le jugement sur la vraisemblance d'un fait que l'on cherche à prouver *fait appel* à un certain sens commun. C'est le philosophe écossais T. Reid qui est considéré comme l'un des fondateurs de la doctrine moderne en la matière. Selon lui, les actions de l'homme suivent des principes qualifiés de rationnels « *par la double raison qu'ils ne peuvent exister que dans un être raisonnable, et qu'une conduite conforme à ces principes est ce qu'on a toujours appelé une conduite conforme à la raison* »⁹³. L'avantage du sens commun est qu'il est pratiquement immun à la preuve contraire car le contester irait...à l'encontre du sens commun. En outre de la *Rhétorique*, dans laquelle Aristote fait allusion à la notion de sens commun, il a plus spécifiquement étudié cette notion dans sa doctrine relative à la *doxa*⁹⁴, à savoir, l'expression de ce que la majorité considère comme approprié ou normal⁹⁵. A une époque plus récente, N. Rescher confirme que le sens commun ne procure pas des certitudes catégoriques, mais des *présomptions* de vérité attachées à certains faits⁹⁶. Selon l'auteur, cette notion revêt trois

⁹² Bernard, Elsa, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 643 p., spécialement p. 37.

⁹³ Reid, Thomas, *Œuvres complètes*, Paris, 1829, 434 p., spécialement p. 122.

⁹⁴ Voir aussi Sarfati, Georges-Elia, « *Pragmatique linguistique et normativité : remarques sur les modalités discursives du sens commun* », *Langages* (2008) vol. 2, n° 170, pp. 92-108, spécialement p. 102. L'auteur considère qu'il y a trois types de sens commun : le *canon*, qui correspond à l'institution discursive de la topique de référence, la *vulgate*, en tant que reformulation de l'essentiel du canon, et la *doxa*, qui correspond à un stade supérieur de reformulation du contenu canonique et qui « *devient littéralement savoir commun* » ; voir aussi Nyckees, Vincent, « *Une linguistique sans langue ? Contribution à une réflexion sur les conditions d'émergence d'un sens commun* », *Langages* (2008) vol. 2, n° 170, pp. 13-27.

⁹⁵ Sarfati, Georges-Elia, « *Note sur 'sens commun' : essai de caractérisation linguistique et sociodiscursive* », *op.cit.*

⁹⁶ Rescher, Nicholas, *Common-sense : a new look at an old philosophical tradition*, Wisconsin, Marquette Univoir Press, 2005, 270 p. spécialement p. 57 : « *In sum, common-sense contentions are not categorical certitudes but powerful presumptions* ».

principales expressions; la première est *observationnelle* (*observational*), qui résulte de la répétition observée des phénomènes extérieures – et qui donne lieu au principe *quid prelumque fit* – la deuxième est *évaluative* (*judgmental*), qui comporte un certain nombre de critères permettant d'opérer des jugements dits *appropriés*, et la troisième est consensuelle (*consensual*), qui exprime ce qu'une majorité considère, par convention explicite ou implicite, comme étant vrai⁹⁷. Le sens commun a l'avantage de fournir des vérités transparentes (*transparent truths*) qui n'ont pas besoin d'une preuve supplémentaire car elles sont déjà suffisamment évidentes en soi (*self-evident*)⁹⁸. Dès lors qu'il constitue un repère pour ce qui est normalement considéré comme vrai, il facilite aussi l'*acceptation* de ces vérités⁹⁹. Par exemple, toute personne raisonnable accepterait d'admettre qu'il est normal que les enfants nés dans le cadre d'un mariage soient légitimes ou qu'un inculpé d'une infraction pénale soit *prima facie* présumé innocent¹⁰⁰.

Le sens commun est dès lors un bon point de départ pour toute démarche cognitive, car il permet de faire un *judgement intuitif* et *immédiat* sur la vérité

⁹⁷ *Idem*, spécialement p. 12. Ces trois expressions du sens commun correspondent aux trois 'classes' de vérité examinées par H. Volken, à savoir, la *vérité-correspondance*, se traduisant par le rapport de correspondance entre une proposition et un fait réel, la *vérité-cohérence*, qui vise la cohérence d'une proposition dans un système logiquement consistant, et la *vérité-consensus*, qui se traduit par le fait que la qualité de 'vrai' est attribuée à un énoncé par voie de consensus, voir Volken, Henri, « 'Je vois, mais je ne crois pas...' ». *Preuves et vérité dans les sciences formelles* », Revue européenne des sciences sociales (2003), n° 128, vol XLI, pp. 145-160. L'on retrouve des idées similaires in Pintore, Anna, « *Consenso y verdad en la jurisprudencia* », Doxa (1997) n° 20, pp. 279-293. L'auteure souligne que la vérité consensuelle permet d'avoir une homogénéité éthique et politique au sein d'un système juridique donné : « *Y a ello una que la univocidad semántica de un Derecho tiene como precondition de hecho, a su vez, la existencia de un consenso en la 'esfera publica', o sea la homogeneidad social sobre el terreno ético-político que, allí donde existe, se trasvasa a la normas jurídicas* ». Voir aussi Strong, C. A., « *Pragmatism and its' definition of truth* », *op.cit.*

⁹⁸ Rescher, Nicholas, *Common-sense*, *op. cit.*, spécialement p. 29. Voir aussi Sarfati, Georges-Elia, « *Pragmatique linguistique et normativité : remarques sur les modalités discursives du sens commun* », *op.cit.*, spécialement p. 104.

⁹⁹ Il existe un courant sur la théorie de l'*acceptation des vérités* que nous n'allons pas le traiter en détail ; l'on relèvera seulement que le sens commun facilite l'acceptation de la preuve d'un fait dès lors que ce dernier est considéré comme relevant d'un cours normal des choses. Voir sur ce point Freeman, James B., *Acceptable premisses. An epistemic approach to an informal logic problem*, Cmapbridge, Cambridge University Press 2009, 416 p., Ch. 1 « *Why do we need a theory of acceptability* » (pp. 3-20) et Ch. 2 « *Acceptability and presumption* » (pp. 21-67).

¹⁰⁰ Rescher, Nicholas, *Common-sense*, *op.cit.*, spécialement p. 40 : « *Acceptance of such a proposition is seen as only normal, natural, and to be expected. For common sense is a matter of what any sensible person will (or should) accept* ».

des choses. Ce jugement a été appelé une inférence *par défaut* (*default reasoning*) qui n'a pas pour finalité d'aboutir à une certitude, mais à une solution provisoire considérée comme plausible, naturelle ou normale¹⁰¹.

Dans le cadre des présomptions par exemple, J. Domat a considéré que les faits qui servent de base pour celles-ci «*sont tels, qu'ils sont toujours réputés pour vrais, jusqu'à ce que le contraire ait été prouvé, et il y en a d'autres qui sont toujours réputés contraires à la vérité, si on ne les prouve. Ainsi tout ce qui arrive naturellement ou communément, est tenu pour vrai, comme au contraire, ce qui n'est ni ordinaire, ni naturel, ne passera pas pour vrai, s'il n'est point prouvé*»¹⁰².

Il est possible de conclure que si *toute* preuve en droit est *par nature* un argument, l'on comprend plus aisément pourquoi la pensée d'Aristote en matière de rhétorique a tant influencé la doctrine juridique en matière de preuve. L'on voit ainsi apparaître, dans les doctrines relatives à la preuve indirecte entre le XV^{ème} et le XX^{ème} siècles, des éléments qu'Aristote a signalés au IV^{ème} siècle av. J.C., en ce sens que la construction de l'argument vraisemblable et persuasif aristotélécien a un écho indéniable dans la théorie des probabilités de D. Hume, dans la théorie de la présomption juridique de J. Domat, dans la théorie du sens commun de T. Reid et de N. Rescher. Plus particulièrement, la *Rhétorique* d'Aristote semble avoir posé un 'modèle' pour la preuve indirecte en droit. En effet, un fait est indirectement démontré, lorsque dans un cas de carence de preuve directe, l'on examine ses liens avec des faits *ponctuellement vrais* (indices), l'on tient compte de faits *communément admis comme vrai* (selon le sens commun), et l'on tire une conclusion quant à la vérité du fait que l'on cherche à établir. N'est-ce pas ce qu'Aristote affirmait, en substance, au sujet des raisonnements en rhétorique : «*partir de plusieurs cas semblables pour démontrer ce qu'il en est, c'est un raisonnement inductif en dialectique, et c'est un exemple en rhétorique ; partir de présupposés pour en déduire une proposition différente, en vertu même de ces présupposés et de leur valeur générale ou la plus fréquente, cela s'appelle un raisonnement par syllogisme en dialectique, et c'est un raisonnement vraisemblable en rhétorique*»¹⁰³.

¹⁰¹ Rescher, Nicholas, *Presumption and the practices of tentative cognition*, op.cit., spécialement p. 79 : «*the logical validity of inference rules in standard (truth-functional) logic is determined on an input-output basis, a valid rule being one that will invariably yield true outputs (conclusions) from true innputs (premises). All such inference rules will faithfully and unfailingly transmit the truth of premises to the conclusions. By contrast, the inference processes of default logic are such that truth – real of suppositional – of the premises does not assure the truth of the conclusions but will at most establish that conclusion as contextually plausible*».

¹⁰² Domat, *Œuvres complètes*, op. cit, spécialement p. 169, soulignage ajouté.

¹⁰³ Aristote, *Rhétorique*, op. cit., spécialement p. 47.

C. Les tendances 'aristotéliennes' dans la pratique des juridictions européennes et internationales

La pratique des juridictions internationales et européennes révèle quelques tendances que l'on pourrait qualifier d'aristotéliennes en ce qui concerne la production et l'appréciation de la preuve indirecte. Il est ainsi possible d'identifier une telle tendance au sujet des faits qui, ne pouvant pas être établis par une preuve directe, sont démontrés *indirectement*, à partir d'indices. Il est curieux d'observer, sur le point du raisonnement employé en matière de preuve indirecte, qu'à l'instar d'Aristote et de ses successeurs, les juridictions internationales et européennes tiennent compte non seulement de la proximité de 'genre' entre les indices et le fait que l'on cherche à établir, mais, plus généralement, apprécient cette proximité à la lumière des impératifs liés à la nature conventionnelle du droit international ou européen, ainsi qu'à ceux liés à la justice et à l'équité.

Ainsi, en droit international l'on peut citer l'*affaire des indemnités russes* de 1912, dans laquelle la Cour permanente d'arbitrage a estimé qu'il serait « contraire à l'équité de présumer une responsabilité de l'Etat débiteur plus rigoureuse que celle imposée au débiteur privé dans un grand nombre de législations européennes »¹⁰⁴. En matière d'interprétation des traités internationaux, il a été précisé, dans l'*affaire de l'Ile de Timor* de 1914, que « l'interprétation des traités doit, dans le doute, se faire conformément à l'intention réciproque constatable, et aussi conformément à ce qui peut être présumé entre Parties agissant loyalement et raisonnablement, avoir été promis par l'une à l'autre à teneur des termes employés »¹⁰⁵. Dans le domaine du droit de droits des traités, la conclusion d'un traité international entraînant une limitation des droits souverains des parties contractantes, la Cour permanente de justice internationale a jugé, dans l'*affaire du Lotus* de 1927, que « les limitations de l'indépendance des Etats ne se présument pas »¹⁰⁶. De même, l'on retrouve une affirmation similaire dans l'*affaire du Lac Lanoux* de 1957, selon laquelle « la souveraineté territoriale joue à la manière d'une présomption. Elle doit fléchir devant toutes les obligations

¹⁰⁴ Cour Permanente d'arbitrage, sentence arbitrale du 11 novembre 1912, *Empire russe c. Empire ottoman (affaire de l'indemnité russe)*, Recueil, vol. XI, pp. 421-477.

¹⁰⁵ Cour permanente d'arbitrage, sentence arbitrale du 25 juin 1914, *Pays-Bas c. Portugal (Affaire de l'Ile de Timor)*, Recueil, vol. XI, pp. 481-517.

¹⁰⁶ Cour permanente de justice internationale, arrêt du 7 septembre 1927, Série A, n° 10, *Affaire du Lotus*, Recueil, série A, n° 10, pp. 1-108, spécialement p. 18. L'affaire *Lotus* est souvent considérée comme étant la première à consacrer une présomption portant, selon une doctrine postérieure, sur le transfert minimal des compétences souveraines. Cette présomption sera examinée en droit de l'Union européenne dans la première partie de notre thèse, voir *infra* p. XXX.

internationales, quelle qu'en soit la source, mais elle ne fléchit que devant elles »¹⁰⁷.

En droit de l'Union européenne, dès lors qu'il a été jugé, dans l'arrêt *Les Verts c. Parlement européen* de 1986¹⁰⁸, que les traités fondateurs constituent la « *Charte constitutionnelle de base* »¹⁰⁹ de l'ordre juridique de l'Union, l'on s'attendrait à ce qu'il y serait assuré le respect des principes inhérents à un Etat de droit, dont celui de la légalité. Sur ce point, dans une ordonnance de 2004, la Cour de justice a jugé qu'il « *ne saurait être présumé dans un Etat de droit, qu'une obligation légale ne sera pas respectée* »¹¹⁰. Dans un ordre similaire d'idées, ce qui ne se présume pas dans un Etat de droit est la méconnaissance des règles en vigueur. Par exemple, dans l'arrêt *Klass* de la Cour européenne des droits de l'Homme de 1978¹¹¹, celle-ci a précisé qu'elle « *doit présumer que dans la société démocratique de la République fédérale d'Allemagne les autorités compétentes appliquent correctement la législation en cause* »¹¹². Le principe de légalité étant considéré, en droit de l'Union européenne, comme exprimant une conformité des droits des Etats membres à ce dernier, l'on peut citer l'arrêt *Factortame* de 1991¹¹³ dans lequel une question de compatibilité avec le droit de l'Union a été soulevée dans un contexte opposant « *la vieille règle de la Common law, selon laquelle aucune mesure provisoire ne peut être ordonnée contre la Couronne, c'est-à-dire contre le gouvernement [et] la présomption selon laquelle les lois nationales sont conformes au droit communautaire* »¹¹⁴.

¹⁰⁷ Tribunal arbitral franco-espagnol, sentence arbitrale du 16 novembre 1957, *Espagne c. France (Affaire du Lac Lanoux)*, Recueil, vol. XII, pp. 281-31, spécialement p. 301.

¹⁰⁸ Cour de justice des Communautés européennes, arrêt du 23 avril 19986, *Parti écologiste 'Les Verts' c. Parlement européen*, affaire 294/83, Recueil, p. 1339.

¹⁰⁹ *Idem*, pt 23.

¹¹⁰ Cour de justice des Communautés européennes, ordonnance du 28 octobre 2004, *Commission européenne c. CMA CGM e.a.*, affaire C-236/03 P, non publiée au Recueil.

¹¹¹ Cour européenne des droits de l'Homme, arrêt du 6 septembre 1978, *Klass e.a. c. Allemagne*, Requête n° 5029/71.

¹¹² *Idem*, pt 59.

¹¹³ Cour de justice des Communautés européennes, arrêt du 19 juin 1990, *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte : Factortame Ltd*, affaire C-213/89, Recueil, p. I-2433.

¹¹⁴ *Idem*, pt 13. Dans le même ordre d'idées voir Cour de justice des Communautés européennes, arrêt du 21 janvier 2003, *Bacardi-Martini SAS et Cellier des Dauphins c. Newcastle United Football Company Ltd.*, affaire C-318/00, Recueil, p. I-905, conclusions de l'avocat général Tizzano présentées le 26 septembre 2002. Au pt 34 de celles-ci, l'avocat général se réfère aux « *principes de sécurité juridique et la protection de la confiance légitime, et étant donnée la présomption de conformité au droit communautaire des dispositions du droit national* » pour affirmer qu'il est « *douteux que l'on puisse pénaliser quelqu'un qui a agi dans le respect d'une loi d'un*

De même, dès lors que les individus sont des sujets directs au droit de l'Union européenne, un certain nombre de présomptions sont établies en leur faveur, afin de permettre qu'ils puissent faire utilement valoir les droits qu'ils tirent des dispositions du droit de l'Union. Sur le plan procédural, la Cour de justice a jugé, dans une ordonnance de 1959¹¹⁵, « *qu'il convient de s'assurer qu'il existe une forte présomption en faveur du bien-fondé de la demande au principal (fumus boni juris)* »¹¹⁶.

Il s'ensuit que la possibilité d'identifier en matière de preuve indirecte, deux critères, à savoir, le plus fréquent et le nécessaire, en tant que concepts originellement aristotéliens, ou le probable 'observationnel' et le plausible, développés dans la théorie moderne des probabilités, permet de penser que la doctrine, les droits positifs contemporains et les pratiques jurisprudentielles en droit international et européen sont dans une large mesure héritiers de la Rhétorique d'Aristote, en ce qui concerne la *logique* suivie dans l'établissement de la preuve d'un fait à partir d'indices. La raison en est que le procédé de la preuve indirecte est substantiellement similaire à celui de l'argument vraisemblable : dans le premier cas, il s'agit de faire appel à des certitudes pour rendre un argument probable, dans le second cas, l'on fait appel à des certitudes pour rendre un fait probable. C'est comme si, dans les deux cas, l'on cherchait une voie vers une vérité qui, malgré tous nos efforts, ne reste qu'à moitié découverte.

En gardant à l'esprit cette idée de chercher une voie vers le vrai, mais d'être contraint d'emprunter la voie vers le vraisemblable, il semble approprié de conclure avec Cicéron qui, en parlant des topiques, a fait allusion au fait que plus que la découverte d'une vérité toute entière, il faut – en rhétorique et en droit – connaître les *lieux* où cette vérité est susceptible de se trouver, ne serait-ce que partiellement : « *comme il est facile de trouver une chose cachée, si le lieu où elle se trouve est indiqué ou marqué par un signe, quand nous voulons découvrir un argument, il faut que nous connaissions les lieux ;*

Etat membre (...) pour le fait que cette loi a été jugée par la suite incompatible avec le droit communautaire ».

¹¹⁵ Cour de justice des Communautés européennes, Ordonnance du Président du 20 octobre 1959, *Eva von Machmüller e.a. c. Commission européenne*, affaires jointes 43/59, 44/59 et 45/59 R., Recueil, p. 983.

¹¹⁶ *Idem*, p. 988. En l'espèce la Cour a eu à se prononcer sur un litige entre la Communauté et ses agents alors que le statut relatif à ceux-ci, prévu à l'article 179 du traité instituant la Communauté économique européenne, n'a pas encore été promulgué au moment de la saisine.

c'est ainsi qu'Aristote appelle ces espèces de réservoirs où l'on va puiser les preuves »¹¹⁷.

¹¹⁷ Cicéron, *Topiques, Œuvres complètes*, Paris, Librairie Garnier Frères, 1870, 485 p., pp, 217-289, spécialement p. 221. Cicéron distingue plusieurs catégories d'arguments, ou *lieux* de rencontre des interlocuteurs. Ceux-ci comprennent les conjugués, le genre, l'espèce, la similitude, la différence, les contraires, les dépendances, les antécédents, les conséquences, les choses qui répugnent entre elles, les causes, les effets, la comparaison avec parité, supériorité ou infériorité.

Rameau administratif ou état en petit ? La place de la commune dans l'histoire suisse et vaudoise

1. Et d'abord fut Tocqueville...

C'est pourtant dans la commune que réside la force des peuples libres. Les institutions communales sont à la liberté ce que les écoles primaires sont à la science ; elles la mettent à la portée du peuple ; elles lui en font goûter l'usage paisible et l'habituent à s'en servir. Sans institutions communales une nation peut se donner un gouvernement libre, mais elle n'a pas l'esprit de la liberté.

Cette célèbre citation de Tocqueville orne rituellement toute ode à la commune¹. Quel plus bel éloge de la commune pourrait-on en effet imaginer ? D'autant que l'aristocrate normand ne s'arrête pas au milieu du gué : sans les communes qui en constituent son soubassement, la nation, au gré des aléas de la conjoncture politique, disposera peut-être des « formes extérieures de l'indépendance » mais, prévient-il immédiatement, « le despotisme refoulé dans l'intérieur du corps social reparait tôt ou tard à la surface ».

A lire Tocqueville, qui publie ses observations sur l'évolution de la démocratie en Amérique en 1835, le constat est limpide. Matrice de la liberté, la commune incarne la substance même de la liberté étendue à une nation ; sans elle, l'Etat démocratique s'abandonnera inévitablement à ses démons tyranniques et niveleurs. La commune apparaît ainsi comme une barrière derrière laquelle la liberté pourra se protéger et l'individu renouer avec ses aspirations les plus intimes à l'autonomie. C'est en elle que l'individu sera à même de modeler son destin, à l'abri de l'égalitarisme abrasif que charrie la démocratie lancée à plein régime sur la route de son inexorable triomphe.

Mais que dit en réalité le somptueux aphorisme tocquevillien ? Quelle place occupe la commune dans l'architecture de l'Etat dont Tocqueville ne remet pas en cause les fondements métaphysiques ? Germe puissant de la liberté, la commune doit-elle être considérée comme un rouage de l'administration chargée de diluer, ou au moins d'alléger, la lourde mécanique de l'Etat ? Ou, au contraire, doit-elle être appréhendée comme un simple rameau

* Dr. en droit et Dr. ès lettres

¹ Alexis de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, volume 1, GF Flammarion, Paris, 1981, p. 123.

du pouvoir central, à son service ? Ou sied-il plutôt de la saisir comme le maillon essentiel d'une structure fédéraliste telle qu'on la connaît en Suisse ? Sous sa flamboyante éloquence, Tocqueville n'est guère disert sur la question de la fonction politique de cette commune qu'il adule. On sait que l'écrivain de la démocratie naissante n'a guère d'appétence pour le fédéralisme : sans accabler le fédéralisme suisse de ses sarcasmes, il le juge incompatible avec un Etat soucieux de jouer un rôle de par le monde...² Il penche plutôt vers une forme de décentralisation administrative : ce qui le préoccupe, c'est de dresser des digues contre le despotisme³. Qu'advient-il alors de la commune ?

2. La commune : noyau de la Confédération ?

Limitons-nous principalement à la Suisse. Aux origines de la Confédération se loge assurément l'espace communal⁴. Mais à quelle commune fait-on allusion ? Pour Denis de Rougemont, aucun doute n'est permis : « La commune est un petit Etat. (...) Les cantons sont nés d'une lente agrégation de communes forestières et urbaines »⁵. L'histoire du lointain passé de la Suisse confirme jusqu'à un certain point l'affirmation du penseur neuchâtelois. Les communautés campagnardes qui font alliance à la fin du XIII^{ème} siècle ne forment pas des Etats au sens moderne du terme mais des entités centrées sur la défense de leur autonomie, comme le montre la nature particulière de la Landsgemeinde. Comme le suggère René Pahud de Mortanges, la Landsgemeinde se rapproche plus du « prince collectif » que de l'assemblée démocratique⁶. Une réalité, précisons-le, parfaitement connue des théoriciens de la démocratie directe du XIX^{ème} siècle, qui ne s'adossaient qu'à la dimension symbolique des fameux rassemblements des citoyens-soldats.

Au XIV^{ème} siècle, ces communautés vont nouer des relations politiques avec certaines cités de leur voisinage : le cœur historique de la Confédération est en voie de formation et va se développer sous l'impulsion de villes en

² Alexis de TOCQUEVILLE, *Voyage en Suisse*, Gallimard, La Pléiade, Paris, 1991, pp. 624 et suivantes.

³ Olivier MEUWLY, *Liberté et société. Constant et Tocqueville face aux limites du libéralisme moderne*, Droz, Genève, 2002, pp. 197-200. Du même : « L'abécédaire de l'autonomie communale », in *L'autonomie communale en questions*. Association suisse pour le Conseil des communes et régions d'Europe, 2013, pp. 3-8.

⁴ L'histoire locale et communale connaît un certain renouveau en Suisse : voir l'« Editorial » de David AUBERSON, in *Communes et histoire locale*. Revue historique vaudoise, tome 121, 2013, p. 7.

⁵ Denis de ROUGEMONT, *La Suisse ou l'histoire d'un peuple heureux*, Paris, Hachette, 1965, pp. 100-101.

⁶ René PAHUD de MORTANGES, *Schweizerische Rechtsgeschichte. Ein Grundriss*, Dike, Zurich et Saint-Gall, 2007, p. 65.

plein essor, portées par le mouvement d'émancipation qui caractérise la fin du Moyen Age. Alors que les premiers Etats territoriaux tentent d'affirmer leur puissance, la densité des échanges commerciaux et l'émergence d'une classe bourgeoise tracent les limites d'un système féodal désormais en décomposition. L'intérêt matériel concurrence avec force les valeurs religieuses qui structuraient la société médiévale. L'individu prend conscience de sa singularité ; les premières lézardes strient le corps social, annonçant la future Renaissance. Pour l'heure, l'expansion des villes est formidable : 25 en 1200 sur le territoire de la Suisse actuelle, elles sont 200 une siècle plus tard, même si la majorité d'entre elles compte moins de 500 habitants. Nanties de leur pouvoir tout neuf, elles obtiennent franchises et privilèges, dans un vaste mouvement d'autonomisation que favorise l'effondrement de la noblesse terrienne, lourdement endettée. Comme les grandes dynasties européennes, les villes en profiteront pour agrandir leur territoire et ainsi se constituer en petits Etats de plus en plus indépendants. Autour d'une ville centre se coagulent de plus ou moins vastes espaces. S'impose l'idée de ville-Etat : sous l'Ancien Régime, Berne en sera un modèle remarquable, ainsi que le plus grand au nord des Alpes, avec ses 11'000 kilomètres carrés et ses 400'000 habitants⁷.

Peut-on dire pour autant que la commune forme un petit Etat ? Si, avec Denis de Rougemont, on peut admettre que les cantons ont nés de la lente agglomération de communes campagnardes et urbaines, on ne peut en tirer la conclusion que les communes constituaient elles-mêmes des Etats. Il ne faut pas oublier que de Rougemont, partisan de la philosophie personnaliste d'Emmanuel Mounier, se place dans la filiation de Proudhon pour qui le concept d'Etat-nation doit impérativement être dépassé au profit d'un ensemble supranational composé de régions qui amalgameraient des entités plus petites, fédérées dans un tout homogène. Dans *Le Principe fédératif* paru en 1863, Proudhon, dans sa frénésie entitétastique et antinationale, mais aussi dans sa conviction que la commune fonctionne comme un moyen vers l'abolition de la propriété, perçoit le monde à travers une lucarne communale dont l'individu est le personnage central et immédiat⁸ :

La commune est par essence, comme l'homme, comme la famille, comme toute individualité et toute collectivité intelligente, morale et libre, un être souverain. En cette qualité la commune a le droit de se gouverner elle-même, de s'administrer, de s'imposer des taxes, de disposer de ses propriétés et de ses revenus, de créer pour sa jeunesse des écoles, d'y installer des professeurs, de faire sa police, d'avoir sa gendarmerie et sa garde civique ; de nommer ses juges, d'avoir ses journaux, ses réunions, ses sociétés particu-

⁷ Ibid., p. 82.

⁸ Cité par Pierre ANSART, *Proudhon. Textes et débats*, Le Livre de poche, Paris, 1984, p. 356.

lières, ses entrepôts, sa banque, etc (...) ; la commune, en conséquence, prend ses arrêtés, rend des ordonnances : qui empêche qu'elle aille jusqu'à se donner des lois ?

Selon le philosophe né à Besançon, soucieux de ménager les étages inférieurs de cette construction politique à inventer, « les attributions fédérales ne peuvent jamais excéder en nombre et en réalité celles des autorités communales et provinciales, de même que celles-ci ne peuvent excéder les droits et les prérogatives de l'homme et du citoyen »⁹. Imbriquées les unes dans les autres, ces régions formeraient ainsi des fédérations de régions, unies dans leur diversité : c'est dans cette optique que de Rougemont a imaginé son Europe des régions. L'Etat communal que suggère le Neuchâtelois ne peut donc être compris dans son sens strict d'Etat national et bureaucratique qui va peu à peu s'imposer, d'abord dans les écrits de Jean Bodin (1529-1596), avant de s'épanouir au XIX^{ème} siècle.

3. Le canton : un Etat confédéré

Les cantons, constitués de communautés campagnardes comme dans les vallées berceau de la Confédération ou de villes-Etats, revêtent indiscutablement, et relativement tôt, les caractéristiques de l'Etat, au point d'empêcher la création d'un véritable Etat helvétique avant 1798. L'expression de « Corps helvétique » utilisée dans les chancelleries illustre bien l'image étrange que dégage cet ensemble de cantons guerroyant souvent entre eux, incapables de s'entendre, notamment pour des raisons confessionnelles, mais apparemment peu choqués de rester fixés dans l'orbite du Royaume de France. Corporatistes ou patriciens, les villes-Etat, assises sur des territoires sujets soumis à leur souveraineté exclusive ou partagés avec d'autres villes-Etat, vont dominer la Confédération. C'est pourquoi de nombreux cantons possèdent le même nom que leur ville chef-lieu, les domaines sujets, campagnards ou urbains, n'ayant d'existence que par rapport au siège du pouvoir politique et judiciaire suprême.

Ce n'est dès lors pas un hasard si le mouvement libéral qui prend son envol dans les années 1820 s'élance depuis les zones rurales et petites villes arrimées depuis si longtemps la tutelle des villes capitales. A Berne ou à Zurich, c'est dans les bourgs de moyenne importance, comme Berthoud, Langenthal ou Küssnacht, ou dans des cités déjà assez développées comme Winterthur, que va se structurer ce mouvement. Tandis que la Restauration a sonné le glas des aspirations libertaires nées de la République helvétique et

⁹ Pierre Joseph PROUDHON, "*Liberté partout et toujours*", textes choisis, ordonnés et présentés par Vincent VALENTIN, Les Belles Lettres, Paris, 2009, p. 308.

consacre le retour de l'Ancien Régime, les premiers libéraux ne peuvent tolérer le simple rétablissement d'un ordre qu'ils jugent définitivement disqualifié. Le triomphe des libertés individuelles béni par la Révolution n'avaient pas succombé sous les guillotines de la Terreur. Elles devaient au contraire être pérennisées dans un système qui réhabiliterait la liberté révolutionnaire sans la livrer à l'anarchie. Mais cette liberté octroyée à l'individu ne prend son sens qu'accompagnée par une liberté collective : l'individu ne peut jouir d'une liberté authentique que si la communauté dans laquelle il vit peut également se prétendre libre. En Suisse, les libéraux ne penseront l'avènement définitif des libertés individuelles que dans le cadre d'une nation capable de s'affirmer face aux autres nations et n'auront de cesse de renforcer la structure lâche de la Diète que la Restauration avait remise en selle.

C'est dans ce contexte que la commune s'arroge une place importante dans le nouvel ordre institutionnel que les libéraux rêvent pour leur pays. Avant Tocqueville, le Zurichois Ludwig Snell, un émigré allemand qui avait dû se réfugier en Suisse pour échapper aux foudres de Metternich et animateur du jeune mouvement libéral, voit déjà dans la commune le ferment de cette liberté qu'il appelle de ses vœux. Son célèbre *Mémorial* de Küssnacht revendique certes les libertés individuelles comme celle de la presse, mais aussi celle des territoires sujets, donc des communes qui les composent. En 1830 déjà, cinq ans avant *La Démocratie en Amérique*, il avait ainsi confié à la commune une mission pédagogique fondamentale que n'aurait pas reniée son illustre successeur : « Avec la constitution communale s'ouvre le premier atelier de formation (*Bildungsstätte*) du talent politique »¹⁰. Quelle fonction doit alors revenir à la commune ? Snell reste-t-il dans la logique de Benjamin Constant, hostile à l'égard d'un fédéralisme qui lui rappelle la société des ordres qui cadénassait l'Ancien Régime ? Le fédéralisme, le Vaudois ne peut l'envisager à la rigueur qu'à travers un pouvoir communal enfin reconnu. Ses *Principes de politique*, publiés en 1815, sont clairs à ce propos : « Tel est le fédéralisme qu'il me semble utile et possible d'établir parmi nous. (...) Le patriotisme des localités est aujourd'hui, le seul véritable »¹¹.

La commune, refuge du patriotisme : l'appel est séduisant mais quelles conséquences juridiques peut-on en déduire ? Les communes disposent-elles d'une véritable autonomie ou ne sont-elles agréées qu'à titre de relais administratif au nom d'un pouvoir sur lequel elles n'auraient aucune influence ? Constant ne va guère au-delà de tâches administratives ; il ne se départit pas

¹⁰ Alfred KÖLZ, *Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte. Ihre Grundlinien vom Ende des Alten Eidgenossenschaft bis 1848*, Berne, Stämpfli, volume 1, 1992, pp. 254-255.

¹¹ Benjamin CONSTANT, « Principes de politique », in *De la Liberté chez les Modernes. Ecrits politiques*, textes choisis, présentés et annotés par Marcel GAUCHET, Le Livre de poche, Paris, 1980, pp. 363-365.

d'un cadre égalitaire, garant à ses yeux de l'égalité devant la loi qu'il réclame. Pour lui, « l'on a considéré jusqu'à présent le pouvoir local comme une branche dépendante du pouvoir exécutif : au contraire, il ne doit jamais l'entraver, mais il ne doit point en dépendre ». Snell lui est globalement fidèle. S'il respecte la commune, il se garde de lui offrir un espace de liberté trop large. Cette posture trop prudente lui sera beaucoup reprochée par ses amis politiques¹². Le fédéralisme se révélera comme le seul moyen de garantir la cohabitation de cette foule d'Etats cantonaux.

4. Commune romande et commune alémanique

Mais si la Confédération se révèle composée d'Etats, certes microscopiques mais dotés des attributs naturels de la puissance publique, pourquoi marquera-t-elle toujours une attention particulière à ses communes ? Ou plutôt pourquoi les cantons, en tant qu'Etats « souverains », maîtres de l'organisation de leurs territoires respectifs, s'intéresseront-ils autant à leurs communes ? Par respect de la tradition ? Par souci d'intégrer les antiques soubassements de leur construction ? Deux lectures s'opposent. Les communes n'ont jamais été des Etats ; on ne peut dès lors saisir la construction des Etats cantonaux sur des bases fédéralistes, à l'exception des Grisons, où les communes jouent depuis le Moyen Age le rôle d'« acteurs étatiques » et, dans un certaine mesure, du Valais avec ses dizains¹³.

Il n'empêche que la commune demeure centrale. Les cantons alémaniques se montrèrent de tous temps plus enclins à accorder à leurs communes de larges compétences. Héritiers du romantisme allemand qui conçoit les collectivités humaines comme les chaînons d'un grand Tout philosophique et politique à même d'intégrer des entités territoriales différentes dans une unité « nationale » transcendant ses parties, les cantons alémaniques manifestèrent un scepticisme plus aigu envers l'égalitarisme révolutionnaire et une construction nationale vouée à un universalisme abstrait¹⁴. En application de cette vision de l'édification historique des nations, et inspiré par la Constitution des Etats-Unis d'Amérique, le Lucernois Ignaz Paul Vital Troxler, élève du philosophe Schelling, a pu, en 1848, introduire le principe du bicaméralisme

¹² Olivier MEUWLY, *Les penseurs politiques du 19ème siècle. Les combats d'idées à l'origine de la Suisse moderne*, Presses polytechniques et universitaires romandes, coll. Le savoir suisse, Lausanne, 2007, pp. 67-69. Voir Anton SCHERER, *Ludwig Snell und der schweizerische Radikalismus 1830-1850*, Paulusdruck, Fribourg, 1954.

¹³ KÖLZ, *Verfassungsgeschichte*, op. cit., p. 12.

¹⁴ Olivier MEUWLY, « Henri Druey et Ignaz Paul Vital Troxler : deux visions discordantes du fédéralisme », communication présentée au colloque « Sociabilités, personnalités et idées politiques 1820-1850 », organisé à Berne le 29 août 2014 (à paraître).

dans les débats relatifs à la Constitution en train d'être rédigée, et surtout le faire triompher, avec l'appui du Genevois James Fazy¹⁵. Le Conseil des Etats sera dès lors chargé de représenter les cantons comme Etats souverains d'un Tout inédit, la Confédération représentée en parallèle par sa seconde composante, le Conseil national, émanation du peuple suisse dans son unité.

A l'analyse fédéraliste de Troxler s'était opposée celle, inspirée du philosophe Hegel et beaucoup plus centralisatrice, du Vaudois Henri Druey. Les radicaux romands au pouvoir à Genève et dans le canton de Vaud dès 1845 et 1846 se révéleront, dans la seconde moitié du XIX^{ème} siècle et jusque dans les années 1960, de farouches fédéralistes, mais exposés à une double influence centralisatrice, qui se répercutera sur l'organisation interne de ces deux cantons : Hegel mais aussi le centralisme français que leur a amené Bonaparte. Rallié en définitive à la création d'un Conseil des Etats, Druey a dû se faire violence, par gain de paix et pour ne pas compromettre l'arrangement péniblement échafaudé lors des débats constitutionnels sous l'influence de son ami Troxler, auteur d'une foule de pamphlets fédéralistes. Il n'en demeure pas moins que Druey, en fidèle hégélien, pense l'Etat dans sa majesté indivisible : centralisé certes, mais couronné par des institutions démocratiques comme réceptacle du « vrai libéralisme » et du « vrai socialisme »¹⁶.

Proche des romantiques lorsqu'il ambitionne un dépassement des contradictions dans une vision holistique d'un Tout alimenté par les parties qui le constitue, Hegel ne voit les antagonismes qui cadencent le mouvement de l'histoire se résorber dans une synthèse unique : un Etat préservé de tout démembrement que provoquerait l'attribution de pouvoirs particuliers à ses composants. Dans ses *Principes de la philosophie du droit* publiés en 1820, il ne refuse toutefois pas certaines compétences à la « société civile », selon ses propres termes, phase intermédiaire entre l'individu et l'Etat, lieu ultime où se révèle sa liberté dans sa vérité. Si « la souveraineté appartient à l'Etat », « les intérêts particuliers des collectivités qui appartiennent à la société civile et sont en dehors de l'universel en soi et pour soi de l'Etat, sont administrés par les corporations, dans les communes et dans les autres syndicats et classes et par leurs autorités »¹⁷. Cette vision de l'Etat, où la commune trône comme auxiliaire de sa grandeur, se retrouvera paradoxalement, et en partie, dans l'Etat corporatiste théorisé à partir des années 1880 par la doctrine sociale de

¹⁵ "Die eine und wahre Eidgenossenschaft", 1833, in Adolf ROHR (eingeleitet und kommentiert von), *Politische Schriften in Auswahl*, zweiter Band, Berne, Francke, 1989, p. 222.

¹⁶ Olivier MEUWLY, « La notion de souveraineté populaire chez Henri Druey », in Olivier MEUWLY (dir.), *Henri Druey 1799-1855*, Actes du colloque du 8 octobre 2005, Lausanne, Bibliothèque historique vaudoise no 130, Lausanne, 2007, pp. 63-86.

¹⁷ Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, trad. par André Kaan, Gallimard, Paris, 1940, pp. 321-322, §288.

l'Eglise puis, dans le canton de Vaud, par la Ligue vaudoise, inspirée par Charles Maurras¹⁸.

La pensée de Hegel, à travers son disciple Druey, va durablement marquer la conception de l'Etat cantonal des radicaux vaudois. En 1855, le colonel Ferdinand Lecomte, futur chancelier de l'Etat, colonel divisionnaire après avoir fréquenté le champs de bataille de la Guerre de Sécession, s'en fait le loyal messenger dans ses *Eléments d'instruction civique et de droit public du canton de Vaud*, publiés en 1855¹⁹ :

Les communes sont la base et le berceau de notre société républicaine ; elles forment l'élément premier, la molécule fondamentale de notre corps politique (...) ; c'est par la commune que le citoyen est le plus rattaché à l'Etat et que la vie publique se ramifie en tous sens. Partout où les communes n'existent pas, on a été obligé de constituer quelque chose d'analogue sous le nom de régime municipal pour la facilité de l'administration. Chez nous, elles sont constituées naturellement depuis plusieurs siècles ; l'action du temps les a développées plutôt qu'amoindries et les a réunies entre elles de plus en plus en les faisant concourir en commun à des œuvres d'intérêt général.

L'importance de la commune au sein de l'Etat y est soulignée mais surtout dans sa dimension historique, comme socle de la conscience politique de la communauté vaudoise. Pour le surplus, la commune se distingue plus par sa fonction de trait d'union entre autorités et population plutôt que par sa capacité à constituer une strate pourvue d'une large indépendance. Le canton vénère l'autonomie cantonale, et ce sentiment de le quittera jamais, mais il est exclu de la laisser errer dans ses libres épanchements. Ce retour de l'autonomie communale dans une structure étatique dessinée selon les schémas hégéliens serait-il dû à une influence proudhonienne indirecte ? On peut l'imaginer lorsque l'on se penche sur la pensée de l'un des plus fidèles lieutenants de Druey, l'arpenteur, puis conseiller d'Etat à partir de 1845, Louis-Henri Delarageaz, ami et correspondant de Proudhon. Attiré dans sa jeunesse par le communisme, il s'en distancie vers 1840 et se tourne alors vers celui auprès de qui il n'hésitera pas de prendre conseil, au fil d'échanges épistolaires nourris. Au détour d'un débat au Grand Conseil relatif à la distribution

¹⁸ Roland BÜTIKOFER, *Le refus de la modernité. La Ligue vaudoise : une extrême droite en Suisse (1919-1945)*, Payot, Lausanne, 1996, pp. 113-136.

¹⁹ Cité par Jacques HALDY, « L'autonomie communale du XIX^{ème} siècle à nos jours », in Olivier MEUWLY et Bernard VOUTAT (dir.), *Les Constitutions vaudoises 1803-2003. Miroir des idées politiques*, Bibliothèque historique vaudoise no 123, Lausanne, 2003, p. 131.

des bénéfices communaux, il laisse percer sa vision quasi étatique, et « rougemontienne », de la commune²⁰ :

Si nos communes ont joué un grand rôle en politique, ce n'est pas parce qu'elles avaient des répartitions, c'est parce qu'elles se sont constituées Etats dans l'Etat, parce qu'elles ont eu une vie propre (...). Les communes une fois libres, l'Etat, dans sa forme despotique, a été attaqué ; c'est cette indépendance des communes qu'il faut louer avant tout.

Pour lui, s'il y a un « principe qui domine tout », c'est bien l'indépendance des communes, si diverses : « Vous n'avez pas une commune qui n'ait ses mœurs particulières jusqu'à son langage », ajoute-t-il en se défendant d'avoir voulu procéder à la centralisation des biens communaux... Mais que signifie cette indépendance concrètement ? Alors que la Suisse alémanique pratique très activement l'autonomie communale, au point d'admettre parfois le référendum communal sur le budget, le canton de Vaud a toujours voulu la garder sous contrôle alors que Genève ne la connaît que très partiellement. La Suisse alémanique s'appuie sans doute sur le romantisme « troxlérien » mais aussi sur une tradition intellectuelle privilégiant davantage la responsabilité de la communauté dans l'organisation d'un Etat pourtant sacralisé, tandis que la tradition jacobine pense ce même Etat dans la subordination des degrés inférieurs de la hiérarchie des pouvoirs au sommet, centre absolu et omnipotent.

En Allemagne, le juriste Georg Jellinek, considérait volontiers que l'Etat fût constitué d'un conglomérat de communes en opposition à son collègue Hugo Preuss, qui estimait au contraire que les communes ne possédaient plus qu'un statut de subdivision territoriale²¹. Tous deux eurent une grande influence sur la Constitution de Weimar dont se dota la nouvelle République allemande au lendemain de la Première Guerre mondiale. Mais c'est peut-être leur contemporain Max Weber qui parviendra à résoudre, d'une certaine façon, le mystère de la commune, coincée entre sa fonction administrative et une dimension affective, qui lui vaut de passer pour la cellule de base de la démocratie et le refuge institutionnel apprécié par des individus affolés par l'accélération du temps. Pour le sociologue allemand, la communauté se nourrit des relations de proximité qui rendent possible la vie sociale. Dans ce cadre, la commune forme un maillon de ce tissu de connivences qui balisent la vie sociale et apaisent la solitude de l'individu moderne. La commune,

²⁰ *Bulletin des séances du Grand Conseil*, session d'automne 1851, volume II, pp. 286-388 et 400. Cité par Olivier MEUWLY (avec la collaboration d'Henri-Philippe DELARAGEAZ), *Louis-Henri Delarageaz. 1807-1891. Homme politique vaudois, ami de Proudhon. Grand propriétaire foncier*, Alphil, Neuchâtel, 2011, p. 179.

²¹ Luciano VANDELLI, « La cellule de base de toutes les démocraties », in *La commune en France et en Europe. Pouvoirs*, no 95, Le Seuil, Paris, 2000, pp. 5-17.

aujourd'hui encore, semble ainsi incarner la solidarité nécessaire entre les membres d'une communauté mieux que l'Etat, par définition plus froid. Tout plaide ainsi pour une autonomie communale sans laquelle tout Etat vacillerait sur ses fondations. Mais cette indépendance tant louée, dont l'absence priverait ce fort attachement à la commune de toute réalité, a-t-elle résisté aux mutations de la fin du XIX^{ème} siècle et du XX^{ème} siècle ?

5. Les cantons face aux villes : une rivalité fructueuse ?

Symbole de la proximité que la démocratie a vocation à créer entre la population et le pouvoir, la commune a cependant vu sa nature évoluer, notamment sous la pression de l'urbanisation et de l'exode rural. La ville, une commune comme les autres ? Au début des années 1990, l'ancien conseiller d'Etat radical Philippe Pidoux avait provoqué une vive polémique en qualifiant Lausanne d'une des 365 communes que comptait alors le canton. Cette question outrepasserait le cadre de la présente contribution mais on ne peut contester que la question ne va cesser d'enfler de par le monde alors que le phénomène d'urbanisation touche désormais toutes les cultures. Le processus d'industrialisation qui parcourt le XIX^{ème} siècle avant d'exploser au XX^{ème} siècle, et les bouleversements sociaux qu'il a entraînés, ont profondément altéré l'image classique de la commune, qu'il est désormais aisé d'appréhender comme l'extension de villes en constante expansion, à travers un dense réseau de communes suburbaines qui s'est constitué au fil du temps.

Les villes, même en Suisse, jouent un rôle de plus en plus important au point de contester la primauté historique du canton pour mieux défendre leurs intérêts. La Constitution fédérale de 1999 marque ainsi une césure en reconnaissant le rôle particulier des villes. Va-t-on vers une re-médiévalisation de la société, avec des villes électrisées par le désir de se dresser contre le pouvoir « officiel » ? Cette tendance ne serait pas entièrement nouvelle. Les villes, en attirant une forte population ouvrière dès la fin du XIX^{ème} siècle, se sont rapidement transformées en bastion du jeune mouvement ouvrier. Le Zurichois Jakob Vogelsanger est le premier conseiller municipal de Suisse à être élu sur une liste ouvrière en 1891 : membre de la Société du Grutli, l'un des noyaux du parti socialiste suisse, il transitera ensuite avec son association dans l'orbite socialiste. Et la commune, depuis la Révolution française et surtout la Commune de Paris, revêt une dimension symbolique puissante comme un contre-pouvoir à l'ordre bourgeois que le socialisme naissant s'est donné pour tâche de détruire. En 1909, empli de proudhonisme, le pasteur socialiste zurichois Paul Pflüger, conseiller national au début du XX^{ème} siècle, confie à la commune le rôle de laboratoire des idées socialistes, dans un mou-

vement de communalisation alors adversaire certes de l'Etat, mais aussi possiblement de la ville encore considérée comme le siège du pouvoir à abattre²² :

Toutes les propriétés foncières appartenant à la ville doivent être transférées à la commune (...) car la solution à la question du sol et du logement réside dans sa socialisation et dans celle des biens-fonds, au titre de prestation spécifique du socialisme communal (Gemeindesozialismus), lui-même en concurrence avec le socialisme étatique et social.

Mais ce communalisme chanté par le socialisme naissant va gagner du terrain dans les villes qui, à partir des années 1970, vont finir par catalyser les modifications sociales de cette époque. En elles, vont se croiser changements des mode de vie et retour à la nature, dont le mouvement écologiste portera les ambivalences. Ces modifications sociologiques et sociales auront leur prolongement politique, avec un passage progressif des grandes villes à gauche, alors que les villes moyennes resteront souvent la chasse gardée de la droite et du centre droite alors que les anciennes communes campagnardes connaîtront un important brassage de population avec des représentants de la gauche écologiste fuyant la modernité et des citadins aspirant au calme champêtre des vieilles fermes rénovées, dans un chassé-croisé que Jean-Pierre Le Goff a analysé avec pertinence pour une commune du Luberon, dans la département du Vaucluse, en France²³. Avec de nouveaux conflits à la clé, face à un population qui attend des communes des prestations ne général fournies par les grandes villes...

6. La cellule de la démocratie

La commune, cellule de la démocratie ? Assurément, en tout cas fondement historique de tout ordre institutionnel. Agent d'une proximité que les gens recherchent, et dont elle fait aussi son fond de commerce, elle n'échappe aux bouleversements du temps. Même pourvue de pouvoirs plus ou moins conséquents, elle ne se substituera jamais à un Etat, sauf à en reprendre les caractéristiques... et à perdre celles de la commune. La commune ne pourra s'épanouir que dans un entre-deux sanctionné par l'histoire : matrice des Etats, elle en est un contre-pouvoir, surtout dans sa dimension de ville, mais demeure aussi dans leur dépendance. La ville n'échappe pas à cette évolution. Elle se veut certes ouverte au grand large et à tous les métissages. Mais, en même temps, sorte de cocon dans son origine communale, par un lien affectif

²² Cité in Erich GRUNER, *Arbeiterschaft und Wirtschaft in der Schweiz 1880-1914*, volume 3, Chronos, Zurich, 1987/1988, p. 606.

²³ Jean-Pierre LE GOFF, *La fin du village*, Gallimard, Paris, 2012.

que l'Etat, même petit comme un canton, peine à entretenir avec ses résidents, n'incarne-t-elle pas, même à son corps défendant, une forme de repli que seul l'Etat peut dépasser ? Il n'y a quasiment jamais eu de fédéralisme communal en Suisse et ce n'est pas sûr qu'il y ait un jour un fédéralisme urbain. La commune, quelle que soit sa forme, déploiera ses vertus dans son potentiel d'identification à un territoire, mais dans le cadre d'un Etat qu'elle peut contribuer à rendre meilleur, comme relais administratif « autonome », mais surtout identitaire.

Reste la question de sa « taille idéale » face aux problèmes politiques auxquels elle est confrontée. Mais cette question est-elle bien posée ? Sans doute la pertinence de sa définition comme « unité de base de la démocratie » avait un sens différent dans un monde plutôt sédentaire. Est-elle dès lors apte à jouer son rôle d'intermédiaire lorsque les distances s'affaissent et la mobilité explose ? D'autres formes de « gouvernance » apparaissent et vont encore se développer : fusions, agglomérations, communautés urbaines. A ces formes connues s'en ajoutent d'autres, offrant des solutions plus souples et probablement plus efficaces que de nouveaux échelons démocratiques, comme les coopérations thématiques ou les concordats, cette forme de collaboration qui a été si précieuse pour notre pays²⁴. Quoi qu'il en soit, comme antithèse possible à la globalité galopante, la commune a encore de belles cartes à jouer.

²⁴ Voir l'interview de Vincent KAUFMANN, in *24 Heures* du 31 janvier 2014.

Die Abschaffung der Todesstrafe in der Schweiz

Ein Einblick in die rechtsgeschichtliche Entwicklung des Verbots der Todesstrafe und dessen Festigung durch internationale Garantien

1. Einleitung

Die Todesstrafe – so mag es erscheinen – hat keinerlei Relevanz mehr für unseren Staat, da sie seit Jahren aus den Gesetzen verschwunden ist und die letzten Hinrichtungen viele Jahrzehnte zurückliegen. Bei näherer Betrachtung stellt man aber fest, dass hinter der Abschaffung der Todesstrafe eine bewegte Geschichte steht, die bis zum heutigen Tag weitergeschrieben wird. Seit den Anfängen des Schweizerischen Bundesstaates im Jahre 1848 gab es immer wieder Volksbegehren oder Vorstösse von Parlamentariern, die sich für die Wiedereinführung der Todesstrafe, in der Regel für einzelne, genau definierte Delikte, einsetzten. Im 19. Jahrhundert tauchte die Todesstrafe wiederholt als Teilaspekt der Verfassungsgestaltung auf, war im 20. Jahrhundert Diskussionspunkt bei den Revisionen des zivilen und des militärischen Strafgesetzbuches und ist heute ein Thema bei der zunehmenden internationalen Verankerung der Menschenrechte und Abkommen, die auch für die Schweiz relevant sind. Aus diesen Gründen lohnt es durchaus, einen genaueren Blick auf die Geschichte der Todesstrafe zu richten und deren Abschaffungs- und Wiedereinführungsbestrebungen zu verfolgen.

2. Die Todesstrafe im jungen Bundesstaat von 1848

2.1. Ausgangslage: Die Strafgesetzgebung in kantonaler Kompetenz

Durch die erste Bundesverfassung im Jahre 1848 wurde die Schweiz zum Bundesstaat. Zuvor war das Gebiet der heutigen Schweiz – bis auf die Zeit

* MLaw Andrea Schmid studierte Rechtswissenschaften an den juristischen Fakultäten der Universitäten Basel und Genf.

der Helvetik die aus der Schweiz einen Einheitsstaat machte¹ – als loser Staatenbund gegliedert. Die einzelnen Gebiete, ursprünglich noch als „Orte“ bezeichnet, genossen in ihren Angelegenheiten weitgehende Autonomie. Die alte Eidgenossenschaft beruhte auf einer Vielzahl von Verträgen, deren älteste bis ins 13. Jahrhundert zurückreichten.²

Obwohl die Kantone durch die Gründung des Staates, dem sie nun als Teilstaaten angehörten, einen Teil ihrer Autonomie einbüßen mussten, gewährte ihnen die Bundesverfassung noch weitgehende Eigenständigkeit. Sie überliess ihnen gemäss Art. 3 BV(1848)³ die Ausübung aller Rechte, „*welche nicht der Bundesgewalt übertragen sind.*“

So genossen die Kantone weitgehende Freiheit im Bereich der Gesetzgebung. Das Zivilrecht, das Strafrecht und auch das Prozessrecht waren fast ausschliesslich in der Kompetenz der Kantone.⁴

Auf dem Weg zur ersten Bundesverfassung der Schweiz verlangte der Kanton Solothurn, dass die Strafrechtspflege bundesweit einheitlich geregelt werde. Zwar wurde dieses Anliegen in der Verfassung von 1848 nicht umgesetzt, immerhin sah sie jedoch ein Verbot der Todesstrafe wegen politischer Verbrechen (Art. 54) vor, an das sich fortan alle Kantone zu halten hatten.⁵

Neben dieser minimalen Einschränkung war es den Kantonen – aufgrund ihrer Strafhohheit – freigestellt, ob sie die Todesstrafe praktizieren wollten oder nicht. So ergab sich die Situation, dass gewisse Kantone verschiedene Verbrechen mit der Todesstrafe sanktionierten, während andere diese Straftat ganz untersagten.

¹ Am 12. April 1798 diktierte das französische Direktorium eine Verfassungsurkunde, welche die Zeit der Helvetik begründete. Diese erste helvetische Verfassung konzipierte die Eidgenossenschaft als Einheitsstaat. Die Eigenart der Schweiz und ihre geschichtlichen Hintergründe wurden dabei ausgeblendet. Die Zeit der Helvetik war geprägt von politischen Unruhen, die auf Auseinandersetzungen zwischen Unitariern und Föderalisten beruhten. 1803 versuchte Napoleon Bonaparte die Unruhen mit der Mediationsakte zu beenden. Diese sah eine Rückkehr der Schweiz zum Staatenbund vor. Jedoch bestand keine Schweizer Eigenständigkeit und Selbstbestimmung, die Eidgenossenschaft stand massgebend unter französischer Vormundschaft (vgl. dazu KLEY, ANDREAS, Verfassungsgeschichte der Neuzeit, Grossbritannien, die USA, Frankreich, Deutschland und die Schweiz, 3. Auflage, Bern 2013, S. 264 ff.).

² HÄFELIN/HALLER/KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, N 33.

³ Der Artikel entspricht fast wörtlich dem heutigen Art. 3 BV.

⁴ Vgl. AUBERT, in: AUBERT, JEAN-FRANÇOIS/EICHENBERGER, KURT/MÜLLER, JÖRG PAUL/RHINOW, RENÉ A./SCHINDLER, DIETRICH (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern 1996, Vorwort, S. 28ff.

⁵ Vgl. SUTER, STEFAN, Guillotine oder Zuchthaus? Die Abschaffung der Todesstrafe in der Schweiz, Basel 1997, S. 13.

In den folgenden Jahrzehnten stellte die Todesstrafe jeweils eines unter vielen Revisionsbegehren dar. Einzig im Jahre 1879 war sie der alleinige Grund der Verfassungsänderung.

2.2. Die Partialrevision der ersten Bundesverfassung

In den 60er Jahren des 19. Jahrhunderts gab es im Bund und in den Kantonen Strömungen, die sich um eine Rechtsvereinheitlichung bemühten und die direktdemokratischen Strukturen erweitern wollten. Sowohl die Politik als auch die Justiz forderten ein bundesweit einheitliches Zivil- und Strafrecht.⁶ 1866 erfuhr die erste Bundesverfassung das erste und einzige Mal eine Partialrevision. Die Teilrevision der Verfassung – die ursprünglich nur eine umfassende Niederlassungsfreiheit⁷ zum Gegenstand hatte – wurde schliesslich so umfangreich, dass sie insgesamt neun „Pakete“⁸ beinhaltete. Unter den Revisionsvorschlägen, über die das Volk zu befinden hatte, befand sich ein Vorstoss der Bundesversammlung zum Verbot der Körperstrafen inklusive der Todesstrafe. Jedoch verwarfen die Stimmbürger diese Vorlage in der Volksabstimmung.⁹ Die Vorlage thematisierte also die Abschaffung der Todesstrafe bereits, war aber mangels Volkswillen nicht umsetzbar. Von den neun Änderungsvorlagen dieses Revisionsanlaufs wurde schliesslich nur diejenige angenommen, welche von Anfang an ausschlaggebend gewesen waren: Die Niederlassungsfreiheit auch für Personen, die keiner oder keiner christlichen Konfession angehörten, Art. 41 und 48 BV (1848).

Dass das Volk, welchem die Revisionsvorlagen in einer obligatorischen Referendumsabstimmung unterbreitet wurden, nur eine der Vorlagen an-

⁶ Vgl. KLEY (Fussnote 1), S. 302f.

⁷ Ausschlaggebend war ein revidierter Niederlassungsvertrag vom 30. Juni 1864. Dieser gewährte allen französischen Staatsbürgern – auch den Juden – eine Niederlassungsfreiheit in der gesamten Schweiz. Den Schweizer Juden stand dieses Recht nicht zu. Dieser Zustand der Inländerdiskriminierung sollte durch die Verfassungsrevision behoben werden, indem auch den nicht-christlichen Schweizern die Niederlassungsfreiheit gewährt wurde.

⁸ Folgende Teilgebiete waren Bestandteil der Revisionsvorlage:

1. BV-Grundlage zur Schaffung eines Urhebergesetzes
2. Kultusfreiheit für alle religiösen Gemeinschaften
3. Stimmrecht in Gemeindeangelegenheiten für alle Schweizer
4. Schutz gegen gleichzeitige gesetzliche Ansprüche von mehreren Kantonen
5. Recht des Bundes, ein Mass- und Gewichtssystem festzulegen
6. Bundeskompetenzen im Bereich der Glücksspiele
7. Verbot von Körperstrafen, **namentlich der Todesstrafe**
8. Aufhebung der Karenzfrist von 2 Jahren für das Stimmrecht niedergelassener Schweizer in kantonalen Angelegenheiten
9. Niederlassungsfreiheit auch für Nicht-Christen

⁹ Vgl. KLEY (Fussnote 1), S. 301f.

nahm, lag an ungünstigen politischen Umständen. Die 60er Jahre des 19. Jahrhunderts waren massgebend von zwei Strömungen geprägt. Die eine Strömung verlangte mehr direkt demokratische Strukturen im Bundesstaat, die andere strebte nach einer Rechtsvereinheitlichung. Radikal Gesinnte, verbündet mit den demokratisch Gesinnten, standen den Katholisch-Konservativen gegenüber. Diese Umstände und der Misserfolg der Partialrevision führten zu einem anhaltenden Reformdruck, da beide Seiten mit der Verfassung, welche sie als Kompromissprodukt sahen, nicht zufrieden waren.¹⁰

2.3. Der Totalrevisionsversuch von 1872

Der Wunsch nach einer Verfassungsrevision blieb bestehen und wurde zusätzlich von äusseren Ereignissen vorangetrieben. Einerseits machten die Ereignisse des Französisch-Deutschen Krieges und die Erfolge der Preussischen Armee im Jahre 1871 deutlich, dass auch die schweizerische Armee – die noch dezentral organisiert war – vereinheitlicht werden sollte.¹¹ So verbreiteten die radikal Gesinnten den Leitsatz „*Ein Recht, eine Armee*“ mit dem Ziel, eine grundlegendere Verfassungsreform als jene von 1866 zu fordern.¹² Die päpstliche Unfehlbarkeitserklärung, welche 1870 vom Ersten Vatikanischen Konzil ausging, forcierte die Reformbestrebungen zusätzlich. Sie verstärkte den Kulturkampf und veranlasste die Radikalen, die Macht der katholischen Kirche durch Verfassungsbestimmungen einzuschränken.¹³

Der Entwurf für eine Totalrevision der Bundesverfassung von 1848 war der Teilrevisionsvorlage von 1866 nicht unähnlich, insbesondere weil die Struktur der Verfassung und auch zahlreiche Artikel unverändert bleiben sollten. Insgesamt wurden zehn Revisionsbereiche ausgearbeitet,¹⁴ darunter die Vereinheitlichung des Zivilrechts und die Errichtung einer Bundeskompetenz im Bereich der Strafgesetzgebung.¹⁵ Ausserdem sah der Entwurf eine generelle Erweiterung der Freiheitsrechte vor. Besonders erwähnenswert in diesem Zusammenhang ist das im Entwurf geschilderte Vorhaben, körperliche Stra-

¹⁰ Vgl. KÖLZ, ALFRED, *Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte, Ihre Grundlinien in Bund und Kantonen seit 1848*, Bern 2004, S. 509.

¹¹ Vgl. HAFNER, FELIX, *Die neue Bundesverfassung im Kontext der Verfassungen, Entwürfe und Reformversuche seit 1798*, in: ZSR 120/2001, S. 11ff., S. 28.

¹² Vgl. AUBERT (Fussnote 4), Vorwort, N 150.

¹³ Vgl. KÖLZ (Fussnote 10), S. 518f.; vgl. auch HAFNER (Fussnote 11), S. 28.

¹⁴ Folgende Bereiche sollten revidiert werden: Militärwesen, Schutz der Waldungen, Freier Verkehr, Mass und Gewicht, Freie Niederlassung, Erwerb des Schweizer Bürgerrechts, Recht auf Ehe, Religiöse Verhältnisse, Rechtseinheit, Organisation der Kompetenzen des Bundesgerichts.

¹⁵ Vgl. KÖLZ (Fussnote 10), S. 520; vgl. BBl 1870 II 665ff.

fen generell zu untersagen und den Anwendungsbereich der Todesstrafe auf Kriegszeiten zu beschränken.¹⁶

JAKOB STÄMPFLI,¹⁷ ein ehemaliger radikaler Bundesrat, stellte 1871 den Antrag, ein generelles Verbot der Todesstrafe in die Verfassung aufzunehmen. Das Verbot der Todesstrafe wurde im Rahmen einer umfassenden Rechtsvereinheitlichung diskutiert. Nach einer langen Auseinandersetzung zwischen Stände- und Nationalrat wurde im Revisionsentwurf die Abschaffung der Todesstrafe aufgenommen,¹⁸ jedoch unter deren Beibehaltung im Militärstrafrecht.¹⁹

Die vorgeschlagene Revision wurde in der Volksabstimmung abgelehnt. Der föderalistisch eingestellte Bevölkerungsteil der protestantischen Westschweiz, aber auch die ehemaligen Sonderbundskantone – katholisch geprägt – wehrten sich gegen diese Vorlage. Die Rechtsvereinheitlichung, so ihre Argumentation, werde den Weg Richtung Zentralstaat ebnen.²⁰

2.4. Totalrevision von 1874

Trotz der Niederlage im Jahre 1872 – oder vielleicht gerade aufgrund der knappen Niederlage²¹ – verloren die Reformer den Revisionswillen nicht.²² So kam es zwei Jahre später zu einer weiteren Totalrevisionsvorlage. Grundsätzlich entsprach diese dem Entwurf von 1872, sie war jedoch föderalistischer ausgestaltet, in der Absicht, dadurch das Stimmenmehr erreichen zu können.²³

Bei den Beratungen über die Totalrevision der Bundesverfassung wurde die Abschaffung der Todesstrafe erneut thematisiert. In den Räten bestand Uneinigkeit; während sich der Nationalrat für ein Verbot einsetzte, wehrte sich der Ständerat zunächst dagegen, gab dann aber nach.²⁴

Volk und Ständen wurde – unter zahlreichen anderen Vorlagen – ein neuer Art. 65 BV zur Abstimmung unterbreitet, der wie folgt lautete:

¹⁶ Vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER (Fussnote 2), N 56.

¹⁷ JAKOB STÄMPFLI war von 1854 bis zu seinem Rücktritt 1863 Bundesrat.

¹⁸ Vgl. STALDER, FELIX, Die Wiedereinführung der Todesstrafe in der Schweiz, Ausdruck einer Orientierungskrise. Lizentiatsarbeit, Basel 1993., S. 39f.

¹⁹ Vgl. AUBERT (Fussnote 4), Vorwort, N 167.

²⁰ Vgl. HAFNER (Fussnote 11), S.29; vgl. auch KÖLZ (Fussnote 10) S. 596f.

²¹ Vgl. BBl 1872 II 358, S. 369: rund 260 000 zu 255 000 Volksstimmen, 13 zu 9 Ständestimmen.

²² Vgl. AUBERT (Fussnote 4), Vorwort, N 178.

²³ Vgl. AUBERT (Fussnote 4), Vorwort, N 182ff.

²⁴ Vgl. MÄDER, PAUL, Geschichtliches über die Todes-Strafe in der Schweiz, Diss., Bern 1934., S. 95ff.

„Die Todesstrafe ist abgeschafft.

Die Bestimmungen des Militärstrafgesetzes bleiben jedoch in Kriegszeiten vorbehalten.

Körperliche Strafen sind untersagt.“²⁵

Die Vorlage zur Totalrevision der Bundesverfassung wurde von einer Mehrheit von Volk und Ständen angenommen.²⁶ Somit wurde die Todesstrafe 1874 durch das Verbot in Art. 65 BV(1874) abgeschafft, unter Beibehaltung der Todesstrafe in Kriegszeiten gemäss Militärstrafgesetz (MStG).²⁷

Da die Strafrechtskompetenz bis Ende des 19. Jahrhunderts den Kantonen zufiel,²⁸ gab es Kantone, die in ihren Verfassungen bereits vor der Revision der Bundesverfassung von 1874 ein umfassendes Verbot der Todesstrafe vorsahen. So schaffte beispielsweise der Kanton Fribourg als erster Kanton der Schweiz die Kapitalstrafe bereits 1848 ab, führte sie jedoch 20 Jahre später, 1868, wieder ein. Vor der Verfassungsreform kannten sieben Schweizer Kantone die Todesstrafe nicht mehr.²⁹

Abgesehen vom verfassungsrechtlichen Verbot der Todesstrafe blieb die Strafrechtskompetenz den Kantonen erhalten. Da die Abschaffung der Todesstrafe nur eine unter vielen Revisionsvorlagen war, schenkte ihr das Volk keine grosse Beachtung. Die Reaktion folgte erst einige Jahre später, als der Ruf nach einer Wiedereinführung der Todesstrafe auf Verfassungsebene laut wurde.³⁰

²⁵ Vgl. BV(1874); vgl. auch MÄDER (Fussnote 24), S. 95 ff. und S. 98.

²⁶ Vgl. MÄDER (Fussnote 24), S. 99.

²⁷ Vgl. Art. 4 MStG (1851), A III 3, S. 609: „Die gegen Verbrechen (Vergehen) eintretenden Strafen sind: a. Todesstrafe; b. Zuchthaus; c. Gefängnis; d. Landesverweisung; e. Kassation; f. Entsezung (sic!); g. Verlust des Aktivbürgerrechts“ und Art. 65 Abs. 2 BV(1874); vgl. auch WALTHER, ALBERT, Die Todesstrafe im schweizerischen Militär-Strafrecht, Diss., Zürich 1934, Affoltern am Albis, 1934; sowie BIAGGINI, GIOVANNI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Auszüge aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG, Kommentar, Zürich 2007, S. 118.

²⁸ Die BV verbot lediglich die Todesstrafe für politische Verbrechen (Art. 54 BV [1848]).

²⁹ Neuenburg, Zürich, Tessin, Genf, Basel- Stadt, Basel- Land und Solothurn hatten die Todesstrafe bereits kantonal abgeschafft (Vgl. dazu STALDER [Fussnote 18], S. 38; vgl. Historisches Lexikon der Schweiz [HLS], <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/d/D9617.php>, Eintrag Todesstrafe).

³⁰ Vgl. SUTER (Fussnote 5), S. 27f.

2.5. Die Wiedereinführung der Todesstrafe 1879

Seit der Abschaffung der Todesstrafe im Jahre 1874 kam es in der Schweiz zu einer Zunahme der Kriminalität. Die „*Kurzzeitstatistik*“³¹ ergab eine Zunahme von Morddelikten, die jedoch aufgrund des neuen Art. 65 BV(1874) nicht mit der Todesstrafe bestraft werden durften. Es bestand die allgemeine Vermutung, dass die Zunahme der schlimmen Delikte in einem engen Zusammenhang mit der Abschaffung der Todesstrafe stehe, weil die drohenden Strafen nicht schlimm genug seien, um die potentiellen Täter vor der Begehung solcher Delikte abzuhalten. Diese Umstände führten in einigen Kantonen zu Volksbewegungen, welche die Wiedereinführung der Todesstrafe forderten.³²

Eines der schwersten Delikte, das grossen Einfluss auf den später geführten Diskurs über die Wiedereinführung der Todesstrafe nahm, war die Ermordung dreier Gefangenewächter durch den flüchtigen Häftling Emil Bienz in der Strafanstalt Basel im Juli 1876.³³

Unmittelbar nach der schlimmen Tat war die Bevölkerung zwar erschüttert über den entsetzlichen Tathergang, es wurden aber noch keine Forderungen laut, die für solche Verbrechen die Todesstrafe wieder verlangten. Erst später wurden die Taten des Bienz als Beispiel dafür zitiert, dass die Abschaffung der Todesstrafe dazu geführt habe, dass nun das Leben des ruchlosen Mörders mehr geschützt werde als dasjenige des „braven Bürgers“. Das Beispiel schien den Befürwortern der Todesstrafe zu beweisen, dass Art. 65 BV(1874) den Staat derart einschränke, dass er die Bürger nicht mehr gegen schlimme Verbrechen und Gewalttaten zu schützen vermöge. So argumentierten die Befürworter:

„Also das Leben eines Polizisten – das ist doch auch ein Menschenleben – das darf der Staat ohne Bedenken verlangen und opfern für den Mörder, aber heilig halten soll der das Leben des Mörders! Es ist also nicht Theorie, es ist Wahrheit, dass die Abolition das Leben des Mörders höher schätzt, als das braver Bürger, und dass nach ihr der zu lebenslänglicher Gefangenschaft verurteilte Verbrecher ein Mensch ist, dem die absolute Freiheit, die Pflichtlosigkeit, verfassungsmässig garantiert ist.“³⁴

³¹ Es ist nicht ganz eindeutig, ob schwere Verbrechen tatsächlich zunahmen, oder ob die höher erscheinende Kriminalitätsrate auf eine strengere staatliche Kontrolle und eine erweiterte statistische Erfassung zurückzuführen ist (Vgl. dazu STALDER [Fussnote 18], S. 31).

³² Vgl. SUTER (Fussnote 5), S. 32f.

³³ Vgl. STALDER (Fussnote 18), S. 31f.; vgl. auch MÄDER (Fussnote 24), S. 100.

³⁴ Zit. nach STALDER (Fussnote 18), S. 61.

Der Ruf nach der Wiedereinführung der Todesstrafe kam anfangs nur vereinzelt und es sollten noch einige Verbrechen begangen werden, bis die Bewegung an politischem Gewicht gewinnen konnte. Triebfedern der Wiedereinführungsbestrebungen waren nicht Fakten oder Statistiken, sondern besonders schlimme Ereignisse, die sich zutrug. Das nachfolgende Beispiel zeigt exemplarisch, wie die Debatte um die Wiedereinführung emotionalisiert wurde. Der geschilderte Mordfall führte dazu, dass die Bewegung massiv an Bedeutung gewann.

Johannes Bleiker aus Wattwil (Kt. St. Gallen) hatte im November 1878 ein zehnjähriges Mädchen sexuell missbraucht. Um dessen Schreie zu unterdrücken, schlug er es mehrfach ins Gesicht und erwürgte es. Anschliessend warf er die Kinderleiche eine Felswand hinunter.³⁵ Diese Bluttat löste umgehend eine Versammlung von Delegierten aus den Gemeinden des Toggenburgs zusammen, die eine Petition³⁶ zu Händen des Bundesrates ausarbeitete, mit dem Ziel, die Todesstrafe und die körperliche Züchtigung wieder einzuführen. Mit folgendem Aufruf wendeten sich die Petenten an die Bewohner der toggenburgischen Bezirke:

„Erschreckt und erbittert durch die in jüngster Zeit in der Schweiz und namentlich in unserem Kanton vorgekommenen Blut- und Schandtaten ruft das Volk allgemein nach Wiedereinführung der Todesstrafe, damit den verurteilten Verbrechern gerechte Strafe zuteil werde und solche für immer unschädlich gemacht werden können.“³⁷

Die Forderungen nach der Wiedereinführung der Todesstrafe und der Körperstrafen stiessen auf grosse Resonanz. Die Bewegung breitete sich schnell über die Grenzen des Toggenburg hinaus aus und wurde auch von katholisch-konservativen Kreisen unterstützt, die generell unzufrieden waren mit der aktuellen Verfassungslage und sich neben der Revision des Artikel 65 BV(1874) noch weitere Verfassungsrevisionen erhofften.³⁸ Als Reaktion auf die Petition und die sich mobilisierende Bevölkerung reichte der Schaffhauser Ständerat HERMANN FREULER³⁹ bei der Bundesversammlung eine Motion ein, die eine Wiedereinführung der Todesstrafe unter Beibehaltung des Verbotes für politische Verbrechen vorsah. Er begründete seine Motion damit, dass er ein Anliegen des Volkes vertrete, das Beachtung des Ständerates ver-

³⁵ Nach MÄDER (Fussnote 24), S. 102.

³⁶ Bis 1891 war nur die Volksinitiative auf Totalrevision der Verfassung möglich. Kam eine solche zustande, mussten beide Räte neu gewählt werden. Aus diesem Grund wurde das Anliegen als Petition verfasst. Die Rechtsgrundlage war Art. 120 BV(1874).

³⁷ MÄDER (Fussnote 24), S. 102.

³⁸ Vgl. STALDER (Fussnote 18), S. 34ff.

³⁹ FREULER, HERMANN war von 1875-81 und 1895-96 Ständerat. Seine Bestrebungen zur Wiedereinführung der Todesstrafe verschafften ihm schweizweite Bekanntheit.

diene. Ausserdem empfahl er den Räten, die Revision selbst in die Hand zu nehmen, um das Risiko zu vermeiden, dass die Volksbewegung in eine Totalrevision der Bundesverfassung münde. Die Stabilität der Bundesverfassung war ein grosses Anliegen und somit hatte FREULER mit seiner Argumentationsweise Erfolg.⁴⁰

Der Bundesrat wollte sich nicht in eine prinzipielle Diskussion über Rechtmässigkeit, Zweck und Zulässigkeit der Todesstrafe einlassen. Er verwies auf die wissenschaftlichen Erkenntnisse unterschiedlichster Fachgebiete und zweifelte daran, dass eine erneute Erwägung Neues ergeben könnte. Er stellte sich auf den Standpunkt, dass die Entscheidung des Volkes, die Todesstrafe abzuschaffen, gut war. Dennoch nahm der Bundesrat die Problematik mit folgender Frage in Angriff:

„Haben die Erfahrungen, seitdem die neue Bundesverfassung in Kraft getreten ist, wie von Seite der eingegangenen Petition und der Motion Freuler behauptet wird, bewiesen, dass das schweizerische Gemeinwesen die Abschaffung der Todesstrafe nicht dauernd ertragen könne und desshalb die Wiedereinführung derselben als nothwendig erscheine?“⁴¹

Er führte sodann in der gleichen Botschaft viele der schweren Verbrechen auf, die seit 1851 in der Schweiz begangen wurden und kam – gestützt auf die Statistik – zu folgendem Fazit:

Die Kriminalität, insbesondere das Verbrechen des Mordes, habe in den fünf Jahren seit der Abschaffung der Todesstrafe zwar zugenommen, jedoch sei diese Steigerung, verglichen mit den Nachbarstaaten, welche die Todesstrafe noch kannten, weder beunruhigend noch ausserordentlich. Die Kriminalitätsrate der Schweiz sei im internationalen Vergleich sogar geringer als in denjenigen Staaten, welche die Kapitalstrafe noch praktizierten.

Schliesslich verneinte der Bundesrat das Vorliegen eines Kausalzusammenhangs zwischen der Kriminalität in der Schweiz und der Abschaffung der Todesstrafe. Der Grund sei vielmehr in der allgemein unstillen Zeit, die in Europa vorherrschte und der damit verbundenen Armut der Bevölkerung zu suchen. Er bewertete die Situation wie folgt:

„Ueberall hat sich gezeigt, daß blutige Kriege, in denen die nur mühsam durch Erziehung gemilderten und unterdrückten Leidenschaften aufs Aeusserste erregt werden, die Werthschätzung des Menschenlebens in bedauerlichster Weise vermindern. Hiezu tritt ein in vielen Theilen der Schweiz, sicher wei-

⁴⁰ Vgl. STALDER (Fussnote 18), S. 41.

⁴¹ BBl 1879 I 281ff., S. 282.

ter, als man glaubt, verbreiteter Nothstand der unteren Klassen, der die besseren Gefühle abstumpft.“⁴²

Diesem Phänomen solle mit anderen Massnahmen begegnet werden, beispielsweise mit der Bekämpfung des ausschweifenden Alkoholkonsums.

Der Bundesrat sagte ausserdem, dass die Abschaffung der Todesstrafe in der Verfassung von 1874 zwar als „kühnes Experiment“ betrachtet werden möge, dass die jüngste Zeit jedoch nicht bewiesen habe, dass man damit ein schädigendes Prinzip aufgenommen habe. Grosse Bedenken hegte der Bundesrat aber in allgemeiner verfassungsrechtlicher Hinsicht. Er befürchtete, dass die Änderung des Art. 65 BV(1874) eine ganze Revisionskette nach sich ziehen könnte. Dies wollte er verhindern und betrachtete es als grundlegend, dass die Schweiz „auf dem Boden der Verfassung von 1874“ bleibe. Aus diesen Gründen stellte der Bundesrat den Antrag, nicht auf die Motion von Ständerat Freuler und die Petition der Schweizer Bürger, welche die Wiedereinführung der Todesstrafe verlangten, einzutreten.⁴³

Die Vorlage kam anschliessend zurück an die Räte. Die Mehrheit des Ständerates sprach sich rasch für eine Revision des Art. 65 BV(1874) aus, während sich der Nationalrat dagegen sträubte und schliesslich widerwillig, aufgrund des Druckes des Art. 120 BV(1874), der bei Uneinigkeit der beiden Räte deren Neuwahl forderte, nachgab.⁴⁴

Am 28. März 1879 erliess die Bundesversammlung folgenden Bundesbeschluss:

Art. 65 BV der Bundesverfassung ist aufgehoben.

An seine Stelle tritt folgender Artikel: Wegen politischer Vergehen darf kein Todesurteil gefällt werden. Körperliche Strafen sind untersagt.

An seine Stelle tritt folgender Artikel: Wegen politischer Vergehen darf kein Todesurteil gefällt werden. Körperliche Strafen sind untersagt.

Dieser Revisionsartikel ist der Abstimmung des Volkes und der Stände zu unterbreiten.

Der Bundesrat ist mit der Vollziehung dieses Artikels beauftragt.⁴⁵

Bei der am 18. Mai 1879 stattfindenden Volksabstimmung sprach sich das Volk relativ knapp für die Wiedereinführung der Todesstrafe aus.⁴⁶ Nur

⁴² BBl 1879 I 281ff., S. 296f.

⁴³ Vgl. BBl 1879 I 281ff., S. 299f.; vgl. MÄDER (Fussnote 24), S. 107f.; vgl. auch Bericht der Mehrheit und der Minderheit der ständerätlichen Kommission, BBl 1879 I 553ff.

⁴⁴ Vgl. STALDER (Fussnote 18), S. 41ff.

⁴⁵ Zit. nach MÄDER (Fussnote 24), S. 123.

fünf Jahre nach der verfassungsrechtlichen Abschaffung der Todesstrafe also, wurde diese in einer Teilrevision wieder eingeführt und das Verbot wurde – entsprechend der Verfassung von 1848 – wieder auf politische Verbrechen beschränkt. Etliche Kantone⁴⁷, denen noch immer die Hoheit in der Strafgesetzgebung oblag, machten von der Möglichkeit der Wiedereinführung Gebrauch.⁴⁸ In den folgenden Jahren wurden insgesamt neun Personen hingerichtet.⁴⁹

2.6. Die schweizweite Vereinheitlichung des Strafrechtes

Durch eine Verfassungsrevision im Jahre 1898 erhielt der Bund die Gesetzgebungskompetenz im Bereich des Straf- und Zivilrechts.⁵⁰ Die Ausarbeitung der Rechtsvereinheitlichung im Gebiet des Strafrechts nahm fast 40 Jahre in Anspruch.⁵¹

2.6.1. Die Abschaffung der Todesstrafe im vereinheitlichten Strafgesetzbuch (StGB)

Im Rahmen der Gestaltung des neuen Gesetzes zu Beginn des 20. Jahrhunderts war einer der Diskussionspunkte, ob die Todesstrafe als Straftat darin enthalten sein sollte oder nicht. Einige vertraten die Meinung, dass die Todesstrafe den Kantonen nicht mittels Strafgesetzbuch verbindlich verboten werden solle, damit diesen ihre Kompetenz in diesem Bereich erhalten bliebe. Diesem Vorschlag wurde jedoch mit dem Argument widersprochen, dass die fakultative Ausführung der Todesstrafe durch die Kantone grosse Probleme im Zusammenhang mit dem Begehungsort des jeweiligen Verbrechens ergeben könne.⁵²

ERNST HAFTER,⁵³ der sowohl an den Gesetzgebungsarbeiten zum Schweizerischen Strafgesetzbuch von 1937 wie auch beim Vorentwurf zum

⁴⁶ Der Stimmenunterschied war nicht gross: 200`485 (ja), 181`588 (nein), (vgl. dazu SUTER [Fussnote 5], S. 42).

⁴⁷ Die Kantone Appenzell-Innerrhoden, Uri, Obwalden, Zug, Schwyz, St. Gallen, Valais, Luzern, Schaffhausen, Freiburg und Graubünden setzten die Todesstrafe nach 1879 gesetzlich wieder ein (vgl. dazu SUTER [Fussnote 5], S. 50).

⁴⁸ Vgl. BIAGGINI (Fussnote 27), S. 118.

⁴⁹ Vier Personen im Kt. Luzern, jeweils eine Person in Schwyz, Fribourg, Uri, Zug und Obwalden (vgl. dazu SUTER [Fussnote 5], S. 50).

⁵⁰ Vgl. BBl 1918 IV 1, S. 1ff, vgl. auch BBl 1898 V 461, S. 468.

⁵¹ Die Vereinheitlichung des Zivilrechts wurde 1910, die des Strafrechts erst 1937 umgesetzt.

⁵² Vgl. BBl 1918 IV 1, S.13f.; vgl. auch SUTER (Fussnote 5), S. 59f.

⁵³ HAFTER, ERNST war Professor für Strafrecht, Straf- und Zivilprozessrecht an der Universität Zürich. Er war an den Gesetzgebungsarbeiten zum Schweizerischen Straf-

Militärstrafgesetzbuch von 1927 mitarbeitete,⁵⁴ schrieb zum neuen schweizerischen Strafgesetzbuch, dass die Entscheidung des Volkes darüber, ob das neue Gesetz die Todesstrafe enthalten solle oder nicht, gefühlsmässig getroffen werde und mit der Weltanschauung jedes Einzelnen zusammenhänge. Er vertrat die Meinung, dass der schweizerische Staat ohne diese harte Strafe auskommen könne, es sei jedoch unmöglich, einen Beweis dafür erbringen zu können, ob die Verbrechensbekämpfung ohne Todesstrafe erschwert werde oder nicht.⁵⁵

Im Jahre 1918 beauftragte der Bundesrat das Parlament mit der Ausarbeitung des neuen Strafgesetzbuches. Er riet in seiner Botschaft, die Todesstrafe nicht als Strafart in das neue Gesetz aufzunehmen. Obwohl sich seiner Meinung nach gute Gründe sowohl für als auch gegen die Kapitalstrafe aufführen liessen, betonte er, dass die Argumente, die für die Todesstrafe sprechen, meistens emotional geprägt seien, sich aus „Werturteilen und Gefühlsmomenten“ zusammensetzten, nicht aber Gegenstand von „verstandesmässigen Überlegungen“ bildeten.

Mit folgender Begründung stützte er seine Empfehlung:

Erstens qualifizierte er die Todesstrafe als rohe Strafart und erinnerte an das Risiko des Justizirrtums. Zweitens wies er auf den Widerspruch der Todesstrafe mit den grundsätzlich vorherrschenden Prinzipien des Strafrechts hin; nämlich den Erziehungszweck der Strafe, die Frage der Resozialisierung und die Besserung des Täters. Drittens erachtete er sie als entbehrlich in der Verbrechensbekämpfung, weil es hinsichtlich der öffentlichen Sicherheit keine Anhaltspunkte für die Notwendigkeit der Beibehaltung der Kapitalstrafe gebe, da die Sicherheit auch in den Kantonen, welche die Todesstrafe bereits abgeschafft hatten, gewährleistet sei. Schliesslich sprach er sich grundsätzlich gegen die föderalistische Lösung aus, da seiner Meinung nach die verfassungsrechtlich vorgesehene Rechtsvereinheitlichung nicht verwirklicht werden könne, wenn ausgerechnet die schwerste aller Strafen in der Kompetenz der Kantone belassen würde.⁵⁶

Die Argumentation fand im Parlament nicht nur Zustimmung. So erwiderte beispielsweise Ständerat HANS HOPPELER:⁵⁷

„Eine Enthauptung ist, ich möchte sagen, eine heilige, ernste, sozusagen religiöse Handlung, der man mit Ehrfurcht und Schaudern beiwohnt. Mit der

gesetzbuch von 1937 und am Vorentwurf zum Militärstrafgesetzbuch von 1927 beteiligt.

⁵⁴ Vgl. Historisches Lexikon der Schweiz (HLS), <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/d/D15807.php>, Eintrag HAFTER).

⁵⁵ Vgl. WALTHER (vgl. Fussnote 27), S. 28.

⁵⁶ Vgl. BBl 1918 IV 1, S. 12f.

⁵⁷ HANS HOPPELER war von 1919 bis 1939 Ständerat.

Enthauptung ist dem Menschen das grösste Gut nicht genommen; das Ewige Leben.“⁵⁸

Schliesslich präsentierte das Parlament am 21. Dezember 1937 ein Strafgesetzbuch, das die Todesstrafe nicht enthielt. Dagegen kam 1938 ein Referendum zustande. In der Volksabstimmung⁵⁹ wurde das neue, schweizweit geltende Strafgesetzbuch – ohne die Todesstrafe – angenommen.⁶⁰ Durch die Annahme des neuen StGB war die Todesstrafe nach zivilem Recht abgeschafft. Nach Inkrafttreten des neuen Erlasses durften die Kantone die Todesstrafe folglich weder vorsehen, verhängen noch vollziehen.

Obwohl die Strafrechtskompetenz dem Bund bereits 1898 übertragen wurde, konnte der Entwurf für ein Strafgesetzbuch erst 1937 fertig gestellt werden und trat schliesslich am 1. Januar 1942 in Kraft. Die lange Dauer bis zum endgültigen Inkrafttreten erlaubte es den Kantonen, welche die Todesstrafe noch in ihren kantonalen Bestimmungen vorsahen, aufgrund der nachträglich derogatorischen Wirkung der Bundeskompetenz, vom Zeitpunkt der Annahme bis hin zum Inkrafttreten des nationalen Gesetzes, ihre eigenen Strafordnungen anzuwenden.⁶¹ Dieser Umstand führte dazu, dass in der Zeitspanne von der Annahme (1938) bis zum Inkrafttreten des neuen StGB (1942) noch zwei Todesurteile⁶² vollstreckt wurden.

2.6.2. Die letzte Hinrichtung nach zivilem Recht

Die letzte Hinrichtung in der Schweiz nach zivilem Strafrecht wurde an Hans Vollenweider im Oktober 1940 in Obwalden mittels Guillotine vollstreckt.⁶³

Die genauere Betrachtung dieses Beispiels erlaubt uns, Einblick in die Zeit zu gewinnen, in der das Strafrecht noch vollkommen in die Zuständigkeit der Kantone fiel und deshalb von Kanton zu Kanton unterschiedlich ausgestaltet war. Es wird deutlich, welche komplexe Situationen dadurch entstanden, dass das Strafgesetz, insbesondere der Ausspruch und die Durchführung

⁵⁸ Zit. nach KLEY (Fussnote 1), S. 324.

⁵⁹ Vgl. dazu SUTER (Fussnote 5), S. 61: Das Referendum wurde nicht nur wegen der Todesstrafe ergriffen, sondern es wurde allgemein die Einschränkung der kantonalen Kompetenzen durch die vorgelegte Rechtsvereinheitlichung kritisiert. Somit kam es am 3. Juli 1938 zu einer Volksabstimmung, in welcher das neue Strafgesetzbuch schliesslich gutgeheissen wurde.

⁶⁰ Vgl. SUTER (Fussnote 5), S. 57.

⁶¹ Vgl. JAAG, TOBIAS, Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, in: BIAGGINI, GIOVANNI/GÄCHTER THOMAS/KIENER REGINA (Hrsg.), Staatsrecht, Zürich/St. Gallen 2011, S. 138ff., N 28.

⁶² Paul Irniger wurde im August 1939 in Zug und Hans Vollenweider im Oktober 1940 in Obwalden hingerichtet.

⁶³ Vgl. SUTER (Fussnote 5), S. 63.

der Todesstrafe, nicht national einheitlich geregelt waren und welche Vorzüge einer nationalen Rechtsvereinheitlichung zukommen.

Hans Vollenweider erschoss im Jahre 1939 den Chauffeur Hermann Zwyssig im Sihltal, dessen Leiche er im Zugersee versenkte. Anschliessend tötete er den Postbeamten Emil Stoll in Zürich und schliesslich in Sachseln den Polizisten Alois von Moos, welcher mit dem Auftrag betraut wurde, Vollenweider aufgrund der Taten an Zwyssig und Stoll festzunehmen. Offen blieb, ob er den Polizisten direkt vorsätzlich ermordete oder ob er fliehen wollte und zu diesem Zwecke eine allfällige Tötung in Kauf nahm. Sicher war jedoch, dass er drei Menschenleben auf dem Gewissen hatte.⁶⁴ Vollenweider wurde nach der dritten Straftat sofort festgenommen und in das Gefängnis nach Sarnen gebracht. Er gestand alle drei Taten unverzüglich, bestand jedoch darauf, dass der dritte Todesschuss gefallen war, um die Flucht zu ermöglichen. Bei der Bestimmung, welcher Kanton für die Verurteilung Vollenweiders zuständig sein sollte, kam das Problem des föderativen Strafsystems zum Ausdruck.

Für das letzte Delikt war Obwalden zuständig, für den Mord am Postbeamten Stoll Zürich und für den Mord an Zwyssig allenfalls Zug. Eine Überstellung und allfällige Strafhoheit an den Kanton Zürich lehnte Obwalden von Anfang an ab, da Zürich keine Todesstrafe mehr kannte. Eine Abtretung des gesamten Falles an den Kanton Zug zog der Regierungsrat von Sarnen in Erwägung, wahrscheinlich deshalb, weil Zug vor kurzem die Hinrichtung an Paul Irniger vollzogen hatte.⁶⁵ Hans Vollenweider wurde folglich in den Kanton Zug ausgeliefert. Damit war Obwalden vorerst von der undankbaren Pflicht entbunden, ein Todesurteil vollstrecken zu müssen. Vollenweider, dem offenbar bekannt war, dass die Todesstrafe in Zürich abgeschafft war, verlangte eine Überlieferung an die Zürcher Strafjustiz. Als Zug eine Auslieferung verweigerte zog sich die Angelegenheit in die Länge, da Vollenweider nun darauf bestand, dass er Zwyssig nicht auf Zuger Boden, sondern in Bern ermordet habe. Diese Aussage hatte das Strafgericht in Zug überraschend dazu bewogen, sich für den Fall unzuständig zu erklären. Daraufhin beanspruchte Obwalden die sofortige Zuständigkeit für den Fall Vollenweider. Er wurde folglich an Obwalden überwiesen. Erneut ersuchte Vollenweider eine Auslieferung nach Zürich. Das Gesuch wurde abgelehnt. Aufgrund der verschiedenen kantonalen Auslieferungsprobleme war in Obwalden lediglich das Tötungsdelikt am Polizisten von Moos zu beurteilen und nicht die wesentlich

⁶⁴ Vgl. SUTER (Fussnote 5), S. 64 ff.

⁶⁵ Vgl. zu Paul Irniger: CRAUER, PIL, Das Leben und Sterben des unwürdigen Dieners Gottes und mörderischen Vagabunden Paul Irniger, 2. Auflage, Basel 1983; vgl. auch NZZ vom 22. März 2001, Tatort Strafanstalt Zug, Hinrichtungsstätte von Paul Irniger im Jahr 1939.

brutaleren Morde an Stoll und Zwyssig. Das Kantonsgericht verurteilte Vollenweider wegen Mordes an von Moos zum Tod. Vollenweider und sein Officialverteidiger appellierten umgehend an das Obergericht. Dort fand bereits drei Wochen später, innerhalb eines einzigen Tages, die zweitinstanzliche Verhandlung statt.⁶⁶

Unter anderem wies der Verteidiger darauf hin, dass das Eidgenössische Strafgesetzbuch in Kürze in Kraft trete und somit die Todesstrafe abgeschafft werde. Der Staatsanwalt replizierte jedoch mit dem klaren Satz: „Das geltende Strafgesetz ist anzuwenden.“⁶⁷

In der Folge wurde Hans Vollenweider am 18. Oktober 1940 mit einer von Luzern ausgeliehenen Guillotine hingerichtet.⁶⁸

3. Die Todesstrafe gemäss Militärstrafgesetz

Während im Bereich des zivilen Strafrechts die allgemeine Meinung vertreten wurde, dass in einem normalen Kulturstaat in geordneten Verhältnissen die Todesstrafe nicht notwendig sei und diese folglich im gesamtschweizerischen zivilen Strafgesetzbuch, das 1942 in Kraft getreten war, nicht mehr vorgesehen wurde, war sie für das Militärstrafrecht, vor allem für Kriegszeiten, weitgehend unbestritten.⁶⁹

Nach dem Entscheid die Todesstrafe nicht als Sanktion in das Strafgesetzbuch (StGB) aufzunehmen, begann sich fortan die Entwicklung des zivilen und des militärischen Strafrechts grundsätzlich zu unterscheiden.⁷⁰ Das Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927, in der Zwischenkriegszeit entstanden, kannte und kennt noch heute eine eigene Gerichtsbarkeit.⁷¹ Noch bis Ende August 1992 sah es in Kriegszeiten für bestimmte Delikte⁷¹ die Todesstrafe

⁶⁶ Vgl. SUTER (Fussnote 5), S. 63.

⁶⁷ Vgl. SUTER (Fussnote 5), S. 69.

⁶⁸ Vgl. SUTER (Fussnote 5), S. 63ff.; vgl. auch STICH, THEO, Vollenweider, Die Geschichte eines Mörders, Ein dokumentarischer Kriminalfilm, Zürich 2004.

⁶⁹ Vgl. WALTHER (Fussnote 25), S. 36.

⁷⁰ Vgl. GYSIN, KURT, Todesstrafe und todeswürdige Verbrechen im schweizerischen Militärstrafrecht, Diss., Zürich 1953, Aarau 1953, S. 26.

⁷¹ Für folgende Delikte sah das Militärstrafgesetzbuch während Kriegszeiten die Todesstrafe vor: Ungehorsam, Meuterei und Feigheit, bei Begehung vor dem Feind; das Wachtverbrechen, bei vorsätzlicher Begehung vor dem Feind; das Ausreissen, bei Übergang zum Feind; die Verletzung militärischer Geheimnisse und der militärische Landesverrat, wenn sie die Störung oder Gefährdung von Unternehmungen des militärischen Heeres zur Folge hatten. Ohne weitere Voraussetzungen waren die Delikte Kapitulation, Franktireur (die Bezeichnung „Franc-tireurs“ bzw. „Franktireur“ stammt aus der Zeit des Deutsch-Französischen Krieges 1870/71. Die aufgestellten französi-

vor. Während des zweiten Weltkrieges wurden in der Schweiz, unter allgemeiner Zustimmung der Bevölkerung, in Anwendung des Militärstrafgesetzes insgesamt 18 Todesurteile für Angehörige der Armee ausgesprochen. 17 wurden vollstreckt, bei einem wurde wegen Begnadigung davon abgesehen.⁷²

3.1. Grundsatz: Alternative Androhung während Kriegzeiten

Das schweizerische Militärstrafgesetz (MStG) von 1927 drohte die Todesstrafe – mit einer Ausnahme: Ausreissen mit Übergang zum Feinde, Art. 83 Abs. 3 MStG⁷³ – nicht absolut, sondern nur alternativ an. Dies bedeutete, dass dem Richter ein Ermessensspielraum eingeräumt wurde und er nach den Umständen des Einzelfalls entscheiden konnte, ob die zu beurteilende Tat mit dem Tod bestraft werden sollte oder ob allenfalls eine andere im Gesetz geregelte Straftat in Betracht kommen könnte.⁷⁴

Ausserdem wurde in Art. 27 Abs. 1 MStG festgehalten, dass die Todesstrafe nur in Kriegzeiten Anwendung finden darf. Wurde während der Kriegszeit die Todesstrafe ausgesprochen, jedoch nicht vollstreckt, so durfte sie nach Beendigung des Krieges nicht mehr vollzogen werden, sondern musste in eine lebenslängliche Zuchthausstrafe umgewandelt werden (Art. 27 Abs. 2 MStG). Tat, Urteil und Vollzug mussten also in die Kriegszeit fallen.⁷⁵

3.2. Die Todesstrafe in Kriegs- und in Friedenszeiten

Das Militärstrafgesetz von 1851 sah die Todesstrafe auch für einige Delikte vor, die während der Friedenszeit begangen wurden, für die Mehrzahl der

schen Freikorps [paramilitärische Einheiten] wurden als „Franktireur“ bezeichnet. Auch während der beiden Weltkriege wurden französische und belgische Partisanen als „Francs-tireurs“ bezeichnet. In Bezug auf das Schweizerische Militärstrafgesetz wird der Begriff auf paramilitärische Handlungen angewendet, welche sich gegen die schweizerische Armee richten und keiner anerkannten bewaffneten Macht des Gegners zugerechnet werden können), Waffenhilfe, Begünstigung des Feindes und Mord todeswürdig. Raub und Plünderung wurden bei besonderer Grausamkeit oder bei Todesfolge des Opfers mit dem Tod bestraft, Kriegsraub dann, wenn eine Gewaltanwendung gegen Verwundete und Kranke oder Verstümmelung eines Toten erfolgte (vgl. dazu GYSIN S. 42 [Fussnote 70]; vgl. auch Initiative Pini [Fussnote 103], Votum Jeanprêtre, S. 1861f.).

⁷² Vgl. KLEY (Fussnote 1), S. 369; vgl. auch NOLL, PETER, Landesverräter, 17 Lebensläufe und Todesurteile 1942 – 1944, Frauenfeld, 1980., S. 7ff.

⁷³ Art. 83 Abs. 3 MStG: „Geht der Ausreisser zum Feinde über, so wird er mit dem Tode bestraft.“

⁷⁴ Vgl. WALTHER (Fussnote 25), S. 52f.

⁷⁵ Vgl. HAURI, KURT, Militärstrafgesetz (MStG), Kommentar, Bern 1983, S. 125f.

Delikte war die Hinrichtung aber nur bei Begehung in Kriegszeiten zulässig. Eine genaue Definition des Begriffs „*Kriegszeit*“ existierte jedoch nicht, was zu einer Rechtsunsicherheit des Anwendungsbereichs der Kapitalstrafe führte. Durch die verfassungsrechtliche Abschaffung der Todesstrafe im Jahre 1874 war die Todesstrafe ausschliesslich in Kriegszeiten erlaubt, wobei auch die Verfassung den Begriff der Kriegszeit nicht klärte. Nach der Wiedereinführung der Todesstrafe durch die Verfassungsrevision trat der Zustand von 1848 wieder ein. Die Strafbestimmungen, die 1874 aufgrund der Beschränkung der Todesstrafe auf die Kriegszeit ausser Kraft gesetzt wurden, lebten aber nicht von selbst wieder auf. Da der hierfür erforderliche Gesetzgebungsakt in Bezug auf das Militärstrafgesetz nicht vorgenommen wurde, blieb folglich der Rechtszustand von 1874 erhalten. Die Bestimmungen des Militärstrafgesetzes waren weiterhin der unklaren Begrifflichkeit zwischen Kriegs- und Friedenszeiten ausgesetzt.⁷⁶

Im revidierten Militärstrafgesetz von 1927 wurde dann die zeitliche Geltung der Todesstrafe in Art. 5 und 27 MStG präzise geregelt.⁷⁷ Grundsätzlich geht das Gesetz gemäss Art. 2 von einer Deliktsbegehung in Friedenszeiten aus. Schutzwürdig im Sinne des Militärstrafgesetzes sind vordergründig die militärischen Interessen. Diese können sich mit zunehmender Bedrohung ausweiten. So werden sowohl der persönliche als auch der sachliche Geltungsbereich ausgeweitet, wenn dem Staat und seiner Armee eine grössere Gefahr droht wie im Falle des aktiven Dienstes oder in Kriegszeiten (Art. 3 und 4 MStG). Die Erweiterung des Geltungsbereichs wirkte sich auch auf die einzelnen strafbaren Handlungen aus.⁷⁸ Art. 5 MStG⁷⁹ regelte, dass die Bestimmungen, die für die Kriegszeiten aufgestellt wurden, nicht nur für Kriegszeiten gelten, sondern auch dann, wenn der Bundesrat „bei unmittelbar drohender Kriegsgefahr ihre Anwendung beschliesst.“ Gemäss Art. 5 Abs. 2 MStG wird ein solcher Bundesratsbeschluss sofort vollziehbar. In Bezug auf die Todesstrafe bedeutete dies, dass ihr Anwendungsbereich nicht nur in Kriegszeiten erweitert werden konnte, sondern auch dann, wenn der Bundesrat gemäss Art. 5 MStG ihre Anwendung beschloss.⁸⁰

⁷⁶ Vgl. zur Unterscheidung von Kriegs- und Friedenszeiten Kapitel 3.5.

⁷⁷ Vgl. WALTHER (Fussnote 27), S. 60ff.

⁷⁸ Vgl. HAURI (Fussnote 75), S. 51.

⁷⁹ Entspricht Art. 6 des geltenden MStG.

⁸⁰ Vgl. zum tatsächlichen Anwendungsbereich der Todesstrafe während der beiden Weltkriege Kapitel 3.5.

3.3. Begründung des Einsatzes der Todesstrafe in der Militärgerichtsbarkeit

Die Notwendigkeit der Todesstrafe im Schweizerischen Militärstrafgesetz wurde insbesondere damit begründet, dass es ein wirksames Instrument geben müsse, welches den Staat in Kriegszeiten schützen kann. Somit wurde die Todesstrafe im Interesse der Existenz des Staates verstanden. Jedes Mittel, das eingesetzt werden kann, um dessen Bedrohung abzuwenden, schien gerechtfertigt. WALTHER beispielsweise sah in der Todesstrafe ein Mittel, gegen die im Kriege auftretende Verrohung. So schreibt er: „Oft wird nur die Androhung der Todesstrafe imstande sein, Rohlinge von schwereren gemeinen Delikten abzuhalten.“⁸¹

Bezeichnend ist der genau vorgeschriebene Ablauf der Vollstreckung eines Todesurteils. So wurde im Voraus ein Offizier beauftragt, die Erschiessung vorzunehmen. Traf der Tod durch den ersten Schuss nicht sofort ein, wurde ein anderer Offizier oder Unteroffizier, der auch bereits im Voraus bestimmt worden war, zur Abgabe des tödlichen Schusses kommandiert. Schliesslich hatten die Sanitätsoffiziere den Auftrag, den Tod des Verurteilten festzustellen. Auf die Beiziehung von Freiwilligen soll bewusst verzichtet worden sein. Man wollte niemanden mit der Lage konfrontieren, dass er eigenwillig an einer Hinrichtung mitgewirkt habe und sich somit vor sich selbst oder vor anderen moralisch verantworten musste.⁸² Interessant ist diese Regelung insofern, weil daraus gelesen werden kann, dass die damaligen Verordnungsgeber die militärische Exekution scheinbar für moralisch bedenklich hielten, diese aber wohl als nötiges Übel zum Schutze des Staates betrachteten. Auch GYSIN beispielsweise sieht in der Todesstrafe ein nötiges Übel, den deliktischen Landesfeind zu eliminieren. Die Beschränkung der Todesstrafe auf Kriegszeiten wurde damit begründet, dass die Existenz des Staates in Kriegszeiten grundsätzlich gefährdet ist⁸³ und die Anwendung der Todesstrafe nur dann Relevanz hat, wenn der Staat als Ganzes bedroht ist.

3.4. Die Erweiterung des Anwendungsbereichs der Todesstrafe während der beiden Weltkriege

3.4.1. Das Notverordnungsrecht

Während der beiden Weltkriege erhielt der Bundesrat Vollmachten, die ihn dazu ermächtigten, ekstrakonstitutionelles Recht zu erlassen, beispielsweise in

⁸¹ WALTHER (Fussnote 27), S. 41.

⁸² Vgl. NOLL (Fussnote 72), S. 49.

⁸³ Vgl. GYSIN (Fussnote 70), S. 70f.

Form von Notverordnungen.⁸⁴ Das Mittel der Notverordnung ermächtigte ihn zum Erlass von Verordnungen ohne formell-gesetzliche Grundlage. Somit bestand die Möglichkeit, das ordentliche Gesetzgebungsverfahren, das eine demokratische Legitimation der Gesetze garantiert, zu umgehen. Die Grundlage zum Erlass solcher Notverordnungen bestand aufgrund einer Delegation durch eine selbständige Rechtsverordnung der Bundesversammlung.⁸⁵ Die so erlassenen Bundesratsverordnungen standen auf der Stufe formeller Gesetze.⁸⁶

Anstatt die unmittelbare Kriegsgefahr zu erklären, was gemäss Art. 5 MStG auch die Möglichkeit mit sich gebracht hätte, für bestimmte Verbrechen die Todesstrafe zu verhängen, wählte der Bundesrat den Weg über die Verordnung. So wurde während beider Weltkriege der Geltungsbereich der Todesstrafe in bundesrätlichen Notverordnungen⁸⁷ auf den Aktivdienst erweitert, allerdings nur für die Verletzung militärischer Geheimnisse und den militärischen Landesverrat. Während des ersten Weltkrieges blieb es noch bei der theoretischen Androhung der Todesstrafe, im zweiten Weltkrieg jedoch wurden Todesurteile ausgesprochen und vollstreckt.⁸⁸ Von der Möglichkeit, den Kriegszustand auszurufen und damit die Todesstrafe gemäss Militärstrafgesetz zu ermöglichen, hat der Bundesrat nie Gebrauch gemacht.

3.4.2. Die Verordnung vom 28. Mai 1940

Am 28. Mai 1940 erliess der Bundesrat gestützt auf einen Vollmachtenbeschluss die „Verordnung betreffend Abänderung und Ergänzung des Militärstrafgesetzes“.⁸⁹ Diese bestimmte, dass die Verletzung militärischer Geheimnisse (Art. 86 MStG) und der militärische Landesverrat (Art. 87 MStG) mit dem Tode bestraft werden können und dies nicht nur in Kriegszeiten, sondern generell im Zustand des Aktivdienstes.⁹⁰ Die Verordnung war gesetzesvertretend, da sie Art. 27 MStG⁹¹ materiell abänderte und neu regelte.

Art. 6 Abs. 1 der Notverordnung vom 28. Mai 1940 sah vor, dass bei Vorliegen eines Deliktes gemäss Art. 86 oder Art. 87 MStG auf lebenslängliches Zuchthaus oder Todesstrafe erkannt werden kann. Die Notverordnung

⁸⁴ Vgl. KLEY (Fussnote 1), S. 338ff. und S. 365ff.

⁸⁵ Vgl. GYSIN (Fussnote 70), S. 56f.

⁸⁶ Vgl. KLEY (Fussnote 1), S. 366.

⁸⁷ Vgl. AS 1914 370; BBl 1914 IV 5; AS 1940 525; BBl 1940 525

⁸⁸ Vgl. GYSIN (Fussnote 70), S. 30.

⁸⁹ Vgl. AS 1940 525; BBl 1940 525; vgl. dazu auch WALTHER (Fussnote 27), S. 57.

⁹⁰ Art. 3 MStG: „Der aktive Dienst umfasst den Dienst im Zustand der bewaffneten Neutralität, den Dienst im Krieg und den Ordnungsdienst.“

⁹¹ Art. 27 Abs. 1 MStG: „Die Todesstrafe gelangt nur in Kriegszeiten zur Anwendung.“

regelte aber nicht, ab wann die Todesstrafe zulässig sei, wie schwer das Delikt also sein musste, um die Todesstrafe aussprechen zu dürfen.

Die Mehrzahl der verurteilten Männer wurden wegen Verrats militärischer Geheimnisse nach Art. 86 MStG bestraft.⁹² Der Begriff der Verletzung militärischer Geheimnisse ist nicht eindeutig und wurde von der Rechtsprechung sehr weit ausgelegt. So wurden während des zweiten Weltkrieges deliktische Tätigkeiten höchst unterschiedlicher Art und Schwere unter diesen gesetzlichen Tatbestand subsumiert.⁹³ Aufgrund der weiten Auslegung wurden neben Tätern, die als Geheimnisträger geheime Tatsachen verrieten und dadurch der Landesverteidigung tatsächliche Schäden zufügten, auch solche zum Tode verurteilt, die lediglich Objekte auskundschafteten und bekannt gaben, die jedermann sehen konnte. Der richterliche Ermessensspielraum in Bezug auf Art. 86 MStG war besonders gross. Das Gesetz erlaubte es, eine Strafe von einem Jahr Zuchthaus bis hin zur Todesstrafe als Maximalstrafe zu verhängen.⁹⁴

Gemäss dem Wortlaut der Notverordnung hätte auch beim fahrlässigen Verrat von Geheimnissen (etwa unbedachtes Ausplaudern eines militärischen Geheimnisses) die Todesstrafe verhängt werden können.⁹⁵

Die Notverordnung war also in zwei Hinsichten strafverschärfend: Einerseits, weil sie – im Gegensatz zum Gesetz – für Todes würdige Verbrechen nicht ausdrücklich Vorsatz verlangte und andererseits ihren zeitlichen Geltungsbereich ausdehnte, in dem sie die Todesstrafe bereits im Zustand des Aktivdienstes erlaubte.⁹⁶

3.4.3. Die Gründe des Vorgehens des Bundesrates

Für den Rückgriff auf das Notverordnungsrecht anstelle einer Erklärung der unmittelbaren Kriegsgefahr scheinen insbesondere zwei Gründe ausschlaggebend gewesen zu sein. Einerseits wollte der Bundesrat nicht durch Ausrufung der Kriegsgefahr die eigene Bevölkerung beunruhigen, andererseits hätte eine solche Information im Ausland falsche Vorstellungen erwecken können und

⁹² Vgl. NOLL (Fussnote 72), S. 10.

⁹³ Vgl. NOLL (Fussnote 72), S. 21; S. 24ff.; Dazu kommt, dass das Verhältnis des Art. 86 MStG zu Art. 274 StGB (militärischer Nachrichtendienst) nicht geklärt war. Dies scheint äusserst bedenklich, wenn man die Rechtsfolge vergleicht, die nur gemäss Militärgesetz, nicht aber gemäss zivilem Recht, Todesstrafe bedeuten konnte.

⁹⁴ Vgl. NOLL (Fussnote 72), S. 32ff.

⁹⁵ In der Realität kam es nicht soweit, dass ein Gericht für einen fahrlässigen Verrat militärischer Geheimnisse die Todesstrafe verhängt hätte. Wahrscheinlich wurde das Erfordernis des Vorsatzes wegen ungenauer Arbeit und Eile vergessen (vgl. dazu NOLL [Fussnote 72], S.38).

⁹⁶ Vgl. NOLL (Fussnote 72), S. 38f.

der Schweiz wären womöglich kriegerische Intentionen unterstellt worden. Ausserdem ermöglichte diese Vorgehensweise dem Bundesrat die Todesstrafe auf die zwei in der Verordnung vorgesehenen Delikte⁹⁷ zu beschränken und sie nicht auf alle im Militärstrafgesetz vorgesehenen Tatbestände, welche die Todesstrafe im Kriegszustand oder bei unmittelbar bevorstehender Kriegsgefahr vorgesehen hätten, zu erlauben.⁹⁸

Mit der Beendigung des Aktivdienstes der Schweiz am 21. August 1945 wurde die Verordnung vom 28. Mai 1940 aufgehoben⁹⁹ und der Anwendungsbereich der Todesstrafe wieder auf die Kriegszeit beschränkt.

3.5. Die Abschaffung der Todesstrafe im Militärstrafgesetz

Die letzten während des zweiten Weltkrieges nach dem Militärstrafgesetz unter Geltung der Notverordnung vom 28. Mai 1940 ausgesprochenen Todesurteile wurden am 7. Dezember 1944 vollzogen.¹⁰⁰ Aufgrund einer parlamentarischen Initiative von Nationalrat MASSIMO PINI¹⁰¹ und einer Motion von Nationalrat PAUL RECHSTEINER¹⁰² im Jahre 1989 welche die Abschaffung der Todesstrafe auch im Militärstrafgesetz von 1927 verlangten, wurde dieses am 20. März 1992 revidiert. Parlament und Bundesrat kamen zum Schluss, dass die Todesstrafe in der Schweiz vollumfänglich abzuschaffen sei. Kriminalpolitisch wurden grösstenteils die Argumente übernommen, die 1937 bereits zur Abschaffung der Todesstrafe im zivilen Strafrecht geführt hatten. Neu hinzu kamen jedoch Überlegungen über menschenrechtliche Grundsätze und das Postulat nach strafrechtlicher Gleichstellung in Kriegs- und Friedenszeiten.

3.5.1. Menschenrechtliche Überlegungen und internationale Tendenz

Die nationalrätliche Kommission führte aus, dass die Menschenwürde in der aktuellen Kriminalpolitik einen zentralen Stellenwert besitze und dass diese durch das Instrument der Todesstrafe „krass verletzt“ würde. Die Todesstrafe sei keine Angelegenheit, die nur das schweizerische Recht betreffe, sondern

⁹⁷ Verletzung militärischer Geheimnisse (Art. 86 MStG) und militärischer Landesverrat (Art. 87 MStG).

⁹⁸ Vgl. Motion RECHSTEINER, Abschaffung der Todesstrafe. Amtl. Bull. NR 1990, S. 1864ff, S. 1867; vgl. auch NOLL (Fussnote 72), S. 36f.

⁹⁹ Vgl. GYSIN (Fussnote 70), S. 60.

¹⁰⁰ Vgl. NOLL (Fussnote 72), S.16.

¹⁰¹ MASSIMO PINI, war von 1979 bis 1999 Nationalrat.

¹⁰² PAUL RECHSTEINER, war von 1986 bis 2011 Nationalrat.

stelle einen „eigentlichen Menschenrechtsaspekt“ dar.¹⁰³ Sie missachte den prinzipiellen Wert menschlichen Lebens. Zur Durchsetzung der Menschenrechte sei aber der Respekt vor dem menschlichen Leben unabdingbar.

Ausserdem liege eine internationale Tendenz in Richtung Abschaffung der Todesstrafe auch im Militärstrafrecht vor, da sie neben all den menschenrechtlichen Bedenken als ungeeignet zur Abschreckung potentieller Täter, als unwirksam gegen den Hauptagenten und als unnötig zur Erhaltung der Staatssicherheit, der Disziplin und des Abwehrwillens erkannt werde.¹⁰⁴

3.5.2. Kriegs- und Friedenszeiten

Gegner der Todesstrafe forderten, dass Verbrechen in Kriegs- und Friedenszeiten gleich behandelt werden. Schliesslich gälten sowohl für das bürgerliche als auch für das militärische Strafrecht die gleichen Strafrechtsprinzipien und die gleichen kriminologischen Erkenntnisse.¹⁰⁵ Die Todesstrafe, als schärfste Sanktion eines Staates, sei ferner nichts anderes als die „vorsätzliche Auslöschung eines Menschenlebens durch einen staatlichen Entscheid.“¹⁰⁶ Sie stehe somit immer und unter allen Zeitumständen im Widerspruch zu den Menschenrechten. Diese fundamentalen Rechte seien nicht teilbar in Menschenrechte für Friedenszeiten und in solche für Kriegszeiten.

Die Gegner der Todesstrafe verliehen ihrer Forderung Nachdruck, indem sie auf das Vorgehen des Bundesrates während des zweiten Weltkrieges aufmerksam machten, in welchem er die Verhängung und Vollstreckung der Todesstrafe für den militärischen Landesverrat und das Verraten militärischer Geheimnisse über den Weg des Notrechts legitimierte, ohne den Kriegszustand zu erklären. Sie betonten dabei, dass die Verhängung der schwersten aller Strafen nicht von „politischen Opportunitätsüberlegungen“ abhängig gemacht werden dürfe.¹⁰⁷

3.5.3. Rechtsstaatliche und kriminalpolitische Überlegungen

Unter dem kriminalpolitischen Aspekt wurde angeführt, dass die abschreckende Wirkung auf potentielle Täter bis heute nicht empirisch nachgewiesen sei und dass strafrechtliche Massnahmen nach den geltenden Grundsätzen auf die „notwendigen und verhältnismässigen Mittel“ beschränkt werden müssten. RECHSTEINER ergänzte die Diskussion mit rechtsstaatlichen Überlegun-

¹⁰³ Vgl. Parlamentarische Initiative (PINI), Militärstrafgesetzbuch. Abschaffung der Todesstrafe. Amtl. Bull. NR 1990, S. 1860ff., S. 1861f.

¹⁰⁴ Vgl. Motion RECHSTEINER (Fussnote 98), S. 1866.

¹⁰⁵ Vgl. Initiative PINI (Fussnote 103), S. 1862.

¹⁰⁶ Motion RECHSTEINER (Fussnote 98), Votum NABHOLZ, S. 1867.

¹⁰⁷ Vgl. Motion RECHSTEINER (Fussnote 98), Votum NABHOLZ, S. 1867.

gen, indem er betonte, dass dem Staat nicht das Recht zustehe, ein Menschenleben auszulöschen. Ausserdem sei ein zwingender Grund für die Abschaffung der Todesstrafe, dass in ihrem Fall Justizirrtümer nicht wieder gut zu machen seien.¹⁰⁸

Auch der Bundesrat war der Meinung, dass Fehlurteile nicht vermeidbar seien. Ausserdem sei es problematisch, dass der Richter die Hauptverantwortung für die Verhängung der Todesstrafe trage. Da das Militärstrafgesetz mit einer Ausnahme die Todesstrafe nicht obligatorisch vorsehe, hänge sie vom richterlichen Ermessen ab.

Die Verfassung verbiete ausserdem die Todesstrafe bei politischen Verbrechen (Art. 65 BV[1874]), wobei die Unterscheidung zu militärischen Verbrechen nicht klar sei.¹⁰⁹

Schliesslich wurde angeführt, dass die Todesstrafe das geltende Schuldprinzip verdränge und Prinzipien des Erfolgsstrafrechts verfolge, welches die äussere Schwere der Tat als einzigen massgebenden Indikator für die Bestrafung erachte.¹¹⁰

Sinnvolle Strafen jedoch bezweckten – neben der Begleichung der Schuld – einen Reifungsanstoss zu besserem Verhalten und schliesslich eine Wiedereingliederung in die Gesellschaft. Eine Hinrichtung jedoch erfülle keines dieser Kriterien und sei für die Verurteilten, deren Angehörige und die Vollstrecker leidbringend.¹¹¹

3.5.4. Aufhebung der Todesstrafe

Die Argumentation wurde von den Räten gutgeheissen. Die Revision des Militärstrafgesetzes – gegen die kein Referendum ergriffen wurde¹¹² – führte zur ganzheitlichen Abschaffung der Todesstrafe in der Schweiz. Die in den acht Straftatbeständen des Gesetzes als Höchststrafe festgesetzte Todesstrafe wurde durch lebenslängliche Zuchthausstrafe ersetzt, Art. 27 MStG wurde aufgehoben.¹¹³

¹⁰⁸ Vgl. Motion RECHSTEINER (Fussnote 98), Votum RECHSTEINER, S. 1867.

¹⁰⁹ Vgl. Motion RECHSTEINER (Fussnote 98), S. 1865.

¹¹⁰ Vgl. Initiative PINI (Fussnote 103), S. 1862.

¹¹¹ Vgl. Motion RECHSTEINER (Fussnote 98), Votum SCHMID, S. 1868.

¹¹² Vgl. <http://www.admin.ch/ch/d/pore/ref/fakref.html> (zuletzt eingesehen am 16. November 2012).

¹¹³ Vgl. AS 1992 1679.

Somit ist die Anwendung der Kapitalstrafe in der Schweiz seit dem 1. September 1992 sowohl in Kriegs- als auch in Friedenszeiten verboten.¹¹⁴

4. Fazit

Der Überblick über die Geschichte zeigt, dass die Todesstrafe immer wieder von neuem thematisiert wurde. So zieht sich die Frage der Notwendigkeit und der Zulässigkeit dieser Straftat in einem Rechtsstaat durch die gesamte Geschichte des schweizerischen Bundesstaates. Sie war ständiges Thema der Revisionen und Revisionsvorhaben der Bundesverfassung und einer der Gründe, weshalb das Referendum gegen die national vereinheitlichte Strafrechtskodifikation ergriffen wurde. Während eine Mehrheit der Stimmbürger die Todesstrafe im zivilen Strafrecht bereits im frühen 20. Jahrhundert als entbehrlich betrachtete, konnte sich die Überzeugung, dass sie im Krieg eine unverzichtbare Sanktion sei, weitaus länger halten.

Erst im Rahmen der Revision des Militärstrafgesetzes im Jahre 1992, vermochte das Argument, man müsse sowohl in Kriegs- als auch in Friedenszeiten auf die gleichen kriminologischen Erkenntnisse zurückgreifen, schliesslich auch zur Abschaffung der Kapitalstrafe im Militärstrafgesetz zu verhelfen.

Die Eliminierung der Todesstrafe auf Gesetzesstufe führte zwar zur vollständigen Abschaffung der Todesstrafe in der Schweiz. Verfassungsrechtlich war sie jedoch nur für politische Verbrechen untersagt.

Viele Kantonsverfassungen hatten das Grundrecht der persönlichen Freiheit neben anderen Grundrechten in unterschiedlichem Umfang bereits verankert, während die Bundesverfassungen von 1848 und 1874 noch keinen vollständigen Grundrechtskatalog kannten und das Recht auf Leben nicht ausdrücklich garantierten. 1963 anerkannte das Bundesgericht das Recht auf persönliche Freiheit inklusive das Recht auf Leben als dessen Teilaspekt¹¹⁵ als ungeschriebenes Grundrecht.¹¹⁶ 1974 ratifizierte die Schweiz die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK). Dies hatte zur Folge, dass das Recht auf Leben (Art. 2 EMRK) zu einer schriftlichen und verbindlichen Garantie des Bundesrechts wurde.¹¹⁷

¹¹⁴ Vgl. MAHON, PASCAL in: AUBERT, JEAN-FRANÇOIS/MAHON, PASCAL, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse* du 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 2003, N 9 zu Art. 10 BV.

¹¹⁵ Vgl. BGE 98 Ia 508, 514.

¹¹⁶ Vgl. BGE 89 I 92, S 98, E. 3.

¹¹⁷ Vgl. BIAGGINI (Fussnote 27), S.118.

Im Rahmen der Verfassungsrevision von 1999 wurde der Grundrechtskatalog nachgeführt und ausgebaut, mit dem Ziel, diesen zumindest den europäischen Garantien anzupassen. Der Einfluss der EMRK ist im verfassungsrechtlichen Grundrechtskatalog gut erkennbar.¹¹⁸ Die „*Nachführung*“¹¹⁹ vom 18. April 1999 statuiert in Art. 10 das Recht auf Leben und die persönliche Freiheit. Art. 10 Abs. 1 BV schützt das Recht auf Leben in umfassender Weise und verbietet die Todesstrafe explizit.

Es ist anzumerken, dass das Recht auf Leben nicht zwingend ein Verbot der Todesstrafe verlangt, was sowohl Art. 2 EMRK als auch Art. 6 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II) zum Ausdruck bringen. So kann ein Rechtsstaat die Todesstrafe vorsehen, muss diese aber an klar bestimmte Voraussetzungen knüpfen, damit willkürliche staatliche Tötungen vermieden werden.

Das Verbot der Todesstrafe wird jedoch zunehmend als zentraler Aspekt des Grundrechts auf Leben gesehen. Es besteht die Ansicht, dass sich die Todesstrafe nicht mit diesem Recht vereinbaren lässt, weil sie den prinzipiellen Wert menschlichen Lebens verneint. Neben der EMRK hat die Schweiz weitere Abkommen und Zusatzprotokolle ratifiziert, welche den Anwendungsbereich der Todesstrafe weiter einschränken oder diese absolut verbieten.¹²⁰

Die klare Formulierung des Verbots der Todesstrafe als Kerngehalt des Grundrechts auf Leben in Art. 10 Abs. 1 BV signalisiert auf nationaler Ebene, wie wichtig das Verbot für die Achtung des menschlichen Lebens ist. Durch die Ratifikation völkerrechtlicher Abkommen wurde das Verbot Teil internationaler Verpflichtungen für die Schweiz, welche sich überdies als Vermittlerin der Menschenrechte sieht und sich weltweit und bestimmt für die Abschaffung der Todesstrafe einsetzt.

¹¹⁸ Vgl. BIAGGINI (Fussnote 27), S. 896, N 2; vgl. auch THÜRER, DANIEL, Kosmopolitisches Staatsrecht, Grundidee Gerechtigkeit, Band I Zürich/Basel/Genf 2005, S. 86.

¹¹⁹ Vgl. BBl 1997 I 1 ff. S. 29, 38.

¹²⁰ Ratifikation der EMRK (1974) und der Zusatzprotokolle 6 (1987) und 13 (2002), sowie des UNO-Pakts II (1992) und des 2. Fakultativprotokolls zum UNO-Pakt II (1993). Zusatzprotokoll 6 zur EMRK: Verbot der Todesstrafe, Vorbehalte in Kriegszeiten zulässig; Zusatzprotokoll 13 zur EMRK: absolutes Verbot der Verurteilung zur Todesstrafe und deren Vollstreckung sowohl in Kriegs- als auch in Friedenszeiten; UNO-Pakt II: Der Pakt gesteht jedem Menschen ein angeborenes Recht auf Leben zu, ohne die Todesstrafe zu verbieten. Der Pakt grenzt den Anwendungsbereich der Todesstrafe gegenüber der EMRK näher ein. Todesurteile dürfen nur für schwerste Verbrechen verhängt werden und nur dann, wenn die Todesstrafe selbst gesetzlich vorgesehen und geregelt ist (Art. 6 Abs. 2). Ausserdem dürfen Jugendliche unter 18 Jahren und geistig Behinderte nicht zum Tode verurteilt und schwangere Frauen nicht exekutiert werden (Art. 6 Abs. 5). Schliesslich statuiert das zweite Fakultativprotokoll zum UNO-Pakt II eine internationale Verpflichtung zum Verbot der Todesstrafe.

Direkte Demokratie und Homogenitätsklauseln – Volksgesetzgebung zwischen Recht und Politik

I. Einleitung

Bundesstaaten formulieren in ihrer Verfassung gewöhnlich im Rahmen von Homogenitätsklauseln Mindestanforderungen an die Verfassungen ihrer Gliedstaaten, um auf diese Weise eine gewisse Einheitlichkeit der gliedstaatlichen Verfassungsordnungen zu erreichen.¹ Die Verfassungen der drei Bundesstaaten USA, Schweiz und Deutschland, welche zumindest auf gliedstaatlicher Ebene direktdemokratische Verfahren kennen, stellen dabei auch Anforderungen an die demokratische Struktur der gliedstaatlichen Verfassungen und verwenden dabei ähnliche Formulierungen.² So verlangt die als *guarantee clause* bezeichnete Bestimmung der US-Verfassung von den Gliedstaaten «*a republican form of government*»,³ das Homogenitätsgebot des Grundgesetzes verlangt von den Bundesländern Verfassungsordnungen, welche den «Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne dieses Grundgesetzes entsprechen»⁴ und Art. 51 Abs. 1 der Schweizer Bundesverfassung verpflichtet die Kantone, sich eine «demokratische Verfassung» zu geben. Diese drei Staaten haben alle Verfahren der direkten Demokratie eingeführt, mit Ausnahme der Schweiz jedoch nur auf der Ebene der Gliedstaaten. Dieser Beitrag untersucht wie die drei Staaten dabei die Frage geklärt haben, ob und wie weit die Gliedstaaten in Anbetracht der demokratischen Anforderungen durch die Homogenitätsklauseln überhaupt frei sind, direkte Demokratie einzuführen.

* Dr. iur., Oberassistent für Öffentliches Recht an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich.

¹ Vgl. zu Herkunft und Zweck der Homogenitätsklausel: Horst Dreier, Kommentar zu Art. 28 GG, N. 16, in: Horst Dreier [Hrsg.] Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl., Tübingen 2006.

² Zur Vergleichbarkeit der Homogenitätsvorschriften der USA, der Schweiz und Deutschland: Dreier (Anm. 1) N. 36; Theodor Maunz/Rupert Scholz, Kommentar zu Art. 28 GG, N. 17, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, Grundgesetz Kommentar, 69. Ergänzungslieferung, München 2013; eher kritisch zur Vergleichbarkeit Andrea Marcel Töndury, Bundesstaatliche Einheit und kantonale Demokratie: Die Gewährleistung der Kantonsverfassungen nach Art. 51 BV, Zürich 2004, S. 161 ff.

³ Art. 4 Sect. 4 der US-Verfassung.

⁴ Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG.

1. Ursprünge der Homogenitätsklauseln

In seinem Werk *De l'esprit des lois* kam Montesquieu zum Schluss, dass ein Bundesstaat nur dann Bestand haben könne, wenn er aus Gliedstaaten bestehe, die eine gewisse Einheitlichkeit aufweisen: «*Que la constitution fédérative doit être composée d'états de même nature, surtout d'états républicains*». Eine Föderation aus Monarchien erachtete Montesquieu mit Verweis auf historische Vorbilder für unbeständig.⁵ Montesquieus Befürchtungen wurden von den Verfassungsvätern der USA geteilt, so finden sich ähnliche Überlegungen bei Madison und Hamilton in den *Federalist Papers*.⁶ Madison war es auch, welcher die heute als *guarantee clause* bekannte Homogenitätsklausel von Art. 4 Sect. 4 der US-Verfassung in die Verfassungsberatungen einbrachte, womit in erster Linie verhindert werden sollte, dass die Gliedstaaten eine monarchische Regierungsform hätten einführen können.⁷ Diese Bestimmung lautet: «*The United States shall guarantee to every State in this Union a Republican Form of Government, and shall protect each of them against invasion; and [...] against domestic violence.*» Die Garantie des Bundes für die Sicherheit der Gliedstaaten wurde in dieser Bestimmung mit dem Erfordernis einer republikanischen Regierungsform verknüpft.

An dieser Bestimmung orientierte sich auch die Kommission der Tagsatzung in ihrem Entwurf einer Bundesurkunde für die Schweiz von 1832.⁸ Während die US-Verfassung aber lediglich eine republikanische Regierungsform forderte, verlangte die Bundesurkunde und schliesslich auch die Bundesverfassung von 1848 konkretere Rechte. So wurden die Kantone verpflichtet, den Bürgern politische Rechte nach repräsentativer oder demokratischer Form zu gewähren.⁹ Darüber hinaus hatten die Kantone auch ein Verfahren vorzusehen, nach welchem die Kantonsverfassung geändert werden konnte.¹⁰ Die Kommission wollte damit verhindern, dass dereinst Bundestruppen ein kantonales Regime hätten stützen müssen, weil dieses das Volk daran gehindert hätte, die Verfassung auf legalem Wege zu ändern.¹¹

⁵ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, livre IX, chap. 2.

⁶ Vgl. *Federalist Papers* Nr. 18–22.

⁷ Vgl. *Constitution of the United States of America: Analysis and Interpretation (Annotated Constitution)* Art. IV, S. 982 ff., online zugänglich unter <http://beta.congress.gov/constitution-annotated> (zuletzt besucht am 12. Februar 2014).

⁸ Vgl. *Rapport de la Commission de la Diète aux vingt-deux cantons suisses sur le projet d'acte fédéral par elle délibéré à Lucerne le 15 décembre 1832*, Genf 1832, S. 59.

⁹ Vgl. Art. 6 lit. b Entwurf zu einer Bundesurkunde der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 15. Dezember 1832.

¹⁰ Vgl. Art. 6 lit. c Entwurf zu einer Bundesurkunde der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 15. Dezember 1832.

¹¹ *Rapport* (Anm. 8), S. 57 f.

In Deutschland enthielten bereits die frühen staatenbündischen Verfassungen Homogenitätsklauseln, die erste findet sich in Art. XIII der Verfassung des deutschen Bundes von 1815.¹² Sowohl die Paulskirchenverfassung als auch die Verfassung der Weimarer Republik stellten dabei ausführliche Anforderungen an die demokratische Struktur der Gliedstaaten auf.¹³ Im Gegensatz zu den USA und der Schweiz wurden die demokratischen Anforderungen der Weimarer Verfassung aber nicht mit der Garantie der Landesverfassungen verknüpft.¹⁴ Erst das Homogenitätsgebot des Grundgesetzes verknüpfte die Voraussetzung, wonach die verfassungsmässige Ordnung in den Bundesländern den Grundsätzen eines «republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates» entsprechen muss, mit der Garantie dieser Ordnungen.¹⁵ Wie die USA, sieht aber auch das deutsche Grundgesetz kein ausdrücklich geregeltes Gewährleistungsverfahren vor, um diese Homogenitätsvoraussetzungen durchzusetzen.¹⁶ Da der Garantiebestimmung von Art. 28 Abs. 3 GG jedoch lediglich eine «Reservfunktion» gegenüber den übrigen Rechtsschutzmöglichkeiten zukommt, wird dies als nicht weiter störend erachtet.¹⁷ Die Lehre ist sich deshalb auch nicht einig, welche Rechtsfolgen ein Verstoß einer Landesverfassung gegen das Homogenitätsgebot hätte.¹⁸

2. Homogenitätsklauseln und direkte Demokratie

Heute fordern die Verfassungen der USA, der Schweiz und Deutschlands von ihren Gliedstaaten gewisse Grundsätze im Hinblick auf die demokratische Struktur der gliedstaatlichen Verfassungen. Die konkrete Tragweite dieser strukturellen Grundsätze ist jedoch umstritten. So kommen die rechtsanwendenden Behörden zu sehr unterschiedlichen Ergebnissen, wenn sie die Frage entscheiden müssen, ob diese demokratischen Anforderungen es den Gliedstaaten erlauben, direktdemokratische Verfahren einzuführen. In den USA stand die *guarantee clause* anfangs des 20. Jhd. im Zentrum der Auseinander-

¹² Vgl. Kurt Niding, Das Prinzip der Homogenität in den Verfassungen des Deutschen Reiches von 1849, 1871 und 1919 unter besonderer Berücksichtigung des Artikels 17 der geltenden Reichsverfassung, Gotha 1926, S. 20 ff.; Peter Werner, Wesensmerkmale des Homogenitätsprinzips und ihre Ausgestaltung im Bonner Grundgesetz, Berlin 1967, S. 15 ff.

¹³ Vgl. Art. 17 der Weimarer Reichsverfassung sowie unten III.1.a.

¹⁴ Die Durchsetzung war in der Weimarer Verfassung eine Frage der Reichsaufsicht, vgl. Dreier (Anm. 1), N. 18.

¹⁵ Vgl. Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG bzw. Art. 28 Abs. 3 GG.

¹⁶ Vgl. Dreier (Anm. 1), N. 23.

¹⁷ Vgl. Dreier (Anm. 1), N. 180.

¹⁸ Vgl. für eine Darstellung der Lehrmeinungen Horst Dreier, Einheit und Vielfalt der Verfassungsordnungen im Bundesstaat, in: Karsten Schmidt [Hrsg.], Vielfalt des Rechts – Einheit der Rechtsordnung?: Hamburger Ringvorlesung, Berlin 1994, S. 113–146 (125 ff.)

setzungen, als eine Vielzahl von Gliedstaaten im Westen der USA direkte Demokratie einführten. In Deutschland spielt die Homogenitätsklausel, welche in den meisten Landesverfassungen wiederholt wird, noch heute eine zentrale Rolle, wenn Gerichte über direktdemokratische Verfahren in den Bundesländern entscheiden müssen. Die Homogenitätsklausel in der Schweiz hatte hingegen nur in der Anfangsphase des Bundesstaates eine gewisse Bedeutung, in der heutigen Praxis direkter Demokratie ist sie weitgehend bedeutungslos, was damit zusammenhängt, dass in der Schweiz – im Gegensatz zu den USA und Deutschland – direkte Demokratie auch auf Bundesebene eingeführt worden ist. Die Frage, ob direkte Demokratie gegen die Homogenitätsklausel der schweizerischen Bundesverfassung verstossen könnte, stellte sich daher nicht.

II. Guarantee Clause der US-Verfassung

1. Direkte Demokratie in Oregon – Das «Oregon System»

In der zweiten Hälfte des 19. Jhd. wandelte sich die USA von einer agrarisch geprägten Gesellschaft zu einer Industriegesellschaft. Grosse Teile der Bevölkerung sahen sich politisch immer weniger vertreten, da sich grosse und einflussreiche Industrie- und Finanzgesellschaften gebildet hatten, die einen beträchtlichen Einfluss auf die Politik ausübten. Je nach Staat waren es unterschiedliche Allianzen von Gesellschaften, die ihren Einfluss geltend machten. In Kalifornien war es vor allem die Southern Pacific Railroad, in Montana die Minengesellschaften, in Arizona Eisenbahn- und Minengesellschaften und in Oklahoma auch die Banken, welche die Politik dominierten.¹⁹ In Anbetracht dieser Zustände, bildete sich im Westen der USA gegen Ende des 19. Jhd. eine breit abgestützte politische Reformbewegung, welche direkte Demokratie als ein Mittel sah, um das korruptierte politische System zu reformieren. Die Grundlage für diese Forderungen bildeten Studien über die direkte Demokratie, wovon diejenige von James W. Sullivan, *Legislation by the Citizenship through the Initiative and Referendum* aus dem Jahre 1892 eine der einflussreichsten war.²⁰ Sullivan zeichnete ein erstaunlich detailliertes Bild der direkten Demokratie in der Schweiz gegen Ende des 19. Jahrhunderts und vertrat die Ansicht, die direktdemokratischen Institutionen der Schweiz seien auch in den USA einzuführen, um die korruptierten Legislativen in den Gliedstaaten umgehen zu können.²¹ Direkte Demokratie sollte kein Selbst-

¹⁹ Vgl. für einen Überblick etwa Steven L. Piott, *Giving Voters a Voice: The Origins of the Initiative and Referendum in America*, Columbia 2003, S. 250 ff.

²⁰ Vgl. Piott (Anm. 19), S. 3.

²¹ Vgl. James William Sullivan, *Direct Legislation by the Citizenship Through the Initiative and Referendum*, New York 1892, S. 95 ff.

zweck sein, sondern war für die Reformbewegung in erster Linie ein Mittel, um die heterogenen politischen Forderungen unter Umgehung der Legislativen durchsetzen zu können.²² Die Bewegung, welche gegen Ende des 19. Jhd. als *populist movement* zusammengefasst wurde,²³ erhielt in Oregon besonderen Schub, als das 1896 gewählte Parlament es während fast zwei Jahren nicht fertig brachte, einen US-Senator zu wählen.²⁴ So führte Oregon im Jahre 1902 als einer der ersten Staaten²⁵ die Initiative und das Referendum ein.²⁶ Unter dem massiven politischen Druck kam das Parlament nicht umher, das entsprechende Amendment fast einstimmig anzunehmen.²⁷ Das Volk stimmte dem Amendment im folgenden Verfassungsreferendum schliesslich mit überwältigendem Mehr zu.²⁸ Versuche des Parlaments, diese Mittel durch einen Verfassungskonvent wieder abzuschaffen, waren nicht erfolgreich.²⁹

²² Vgl. Thomas E. Cronin, *Direct democracy: The politics of initiative, referendum, and recall*, Cambridge 1989, S. 43 ff.; Hans A. Linde, *When is Initiative Lawmaking not Republican Government?*, in: *Hastings Constitutional Law Quarterly* 17 (1989), S. 159–173 (166). Ausführlicher zu den unterschiedlichen Unterstützern und deren Propaganda auch: Thomas Goebel, *A Government by the People: Direct Democracy in America 1890–1940*, Chapel Hill/London 2002, S. 75 ff.

²³ Vgl. für eine kurze Darstellung der Entwicklung der Bewegung etwa David B. Magleby, *Direct Legislation: Voting on Ballot Propositions in the United States*, Baltimore/London 1984, S. 20 ff.

²⁴ Vgl. George G. Haynes, *The Election of Senators*, New York 1906, S. 193 ff.; Linde (Anm. 22), S. 165; Joseph Gaston, *Portland, Oregon, its history and builders: In connection with the antecedent explorations, discoveries, and movements of the pioneers that selected the site for the great city of the Pacific*, Bd. 3, Chicago/Portland 1911, S. 199; vgl. allgemein zu den Schwächen der staatlichen Legislativen der Zeit Cronin (Anm. 22), S. 4 ff.

²⁵ Der erste Gliedstaat war South Dakota im Jahre 1898, ausführlich zur Einführung direkter Demokratie in South Dakota: Piott (Anm. 19) S. 16 ff.

²⁶ Vgl. in aller Kürze: Kenneth P. Miller, *Direct Democracy and the Courts*, New York 2009, S. 42 f.; ausführlicher George A. Thacher, *The Initiative and Referendum in Oregon*, in: *Proceedings of the American Political Science Association* 4 (1907), S. 198–221 (198 ff.).

²⁷ Amendment vom 2. Juni 1902, abgedruckt bei Francis Newton Thorpe (Hrsg.), *The Federal and State Constitutions Colonial Charters, and Other Organic Laws of the States, Territories, and Colonies Now or Heretofore Forming the United States of America*, Bd. 5, Washington DC 1909, S. 2998–3020 (3018 f.).

²⁸ Vgl. Thorpe (Anm. 27), S. 3018 Anm. a; vgl. auch Norman R. Williams, *Direct Democracy, the Guarantee Clause, and the Politics of the «Political Question» Doctrine: Revisiting Pacific Telephone*, in: *Oregon Law Review* 87 (2009), S. 979–1024 (982 ff.); Linde (Anm. 22), S. 166; Thacher (Anm. 26), S. 198. Das Amendment musste durch den Gesetzgeber in zwei aufeinanderfolgenden Legislaturperioden beschlossen werden und ausserdem vom Stimmvolk in einem obligatorischen Referendum gutgeheissen werden, vgl. Art. XVII Sect. 1 der Verfassung von Oregon von 1857, abgedruckt bei Thorpe (Anm. 27), S. 2998–3020 (3016).

²⁹ Vgl. Williams (Anm. 28), S. 984 f.

Nachdem Oregon im Jahre 1904 der erste Gliedstaat der USA gewesen war, in welchem das Stimmvolk über zwei Volksinitiativen abstimmen konnte, weitete das Stimmvolk von Oregon seine direktdemokratischen Rechte in den folgenden Jahren sogar aus. So wurden durch Initiativen einerseits direkte Primärwahlen (*direct primaries*) für öffentliche Ämter im Gliedstaat eingeführt³⁰ und andererseits die Bezirke (*counties*) ermächtigt auf ihrem Gebiet den Verkauf alkoholischer Getränke zu verbieten.³¹ 1906 erhielten die Lokalregierungen durch eine Volksinitiative die Kompetenz zur Selbstverwaltung (*home rule*) und gleichzeitig wurden die Initiative und das Referendum auf die Lokalebene ausgedehnt.³² 1908 wurde mittels Verfassungsinitiative der Recall eingeführt, was eine lokale Zeitung den «*final crowning act to complete the temple of popular government*» nannte.³³ 1912 dehnte das Stimmvolk von Oregon das Stimm- und Wahlrecht im zweiten Anlauf auf die Frauen aus und ging damit der US-Verfassung in dieser Sache um acht Jahre voraus.³⁴ Das «*Oregon System*» galt fortan als direktdemokratisches Vorbild für andere Staaten der USA.³⁵

2. «Oregon System» vor Gericht

a. *Kadderly v. City of Portland* – «Oregon System» vor dem Supreme Court von Oregon

Die Gerichte des Gliedstaates Oregon waren auch die ersten, welche über die Verfassungsmässigkeit der direktdemokratischen Verfahren zu entscheiden hatten. Eher ungewöhnlich ist jedoch der Fall, der zu dieser Gelegenheit führte.³⁶ Das gliedstaatliche Parlament Oregons erliess im Jahre 1903 eine neue Satzung (*charter*) für die Stadt Portland. Diese *charter* ermöglichte es der Stadt Portland, Grundeigentümer zu Beiträgen an öffentliche Bauwerke wie

³⁰ Vgl. zur Schwächung der Parteien durch direkte Primärwahlen: Goebel (Anm. 22), S. 71 f.

³¹ Vgl. David D. Schmidt, *Citizen Lawmakers: The Ballot Initiative Revolution*, Philadelphia 1989, S. 8.

³² Amendment vom 4. Juni 1906, abgedruckt bei Thorpe (Anm. 27), S. 2998–3020 (3019 f.).

³³ Zit. nach James D. Barnett, *The Operation of the Initiative, Referendum and Recall in Oregon*, New York 1915, S. 191 (Oregon Journal vom 1. Januar 1907, S. 6).

³⁴ Vgl. Williams (Anm. 28), S. 985. 1906 wurde das allgemeine Wahlrecht noch mit 47'057 gegen 36'902 Stimmen abgelehnt, vgl. Thacher (Anm. 26), S. 201.

³⁵ Vgl. Williams (Anm. 28), S. 980; Goebel (Anm. 22), S. 80; Paula Abrams, *The Majority Will: A Case Study of Misinformation, Manipulation, and the Oregon Initiative Process*, in: Oregon Law Review 87 (2008), S. 1025–1060 (1026).

³⁶ *Kadderly v. City of Portland*, 44 Ore. 118; vgl. auch die ausführliche Schilderung des Falles bei Williams (Anm. 28), S. 985 ff.

Strassen und Brücken verpflichten zu können.³⁷ Das Parlament erliess diese *charter* im dringlichen Verfahren, womit der Gesetzgeber das fakultative Referendum umgehen konnte. Das Amendment von 1902 liess die Möglichkeit offen, dringliche Gesetze zu erlassen, ohne diese dem fakultativen Referendum unterstellen zu müssen.³⁸ Nachdem der Gouverneur die *charter* genehmigt hatte, trat diese unmittelbar in Kraft. Die Stadt Portland ging gestützt auf diese *charter* daran, die individuellen Abgaben zu berechnen, wogegen sich jedoch mehrere Grundeigentümer zur Wehr setzten. Die Kläger bestritten die Dringlichkeit der *charter* und verlangten, diese sei vom Gericht für ungültig zu erklären, da sie nicht dem fakultativen Referendum unterstellt worden war.³⁹ In erster Instanz scheiterten die Kläger, worauf diese an den Supreme Court von Oregon gelangten. Die Stadt Portland verteidigte sich in erster Linie mit dem Argument, das Amendment von 1902 verletze die *guarantee clause* der US-Verfassung und sei deshalb für ungültig zu erklären, deshalb habe die *charter* auch nicht dem fakultativen Referendum unterstellt werden müssen. Erst eventualiter machte Portland geltend, die Voraussetzungen der Dringlichkeit seien erfüllt gewesen.⁴⁰ Der Hauptstandpunkt Portlands lässt darauf schliessen, dass sich die Stadt unsicher war, ob das Verfahren von Initiative und Referendum vor dem Gericht überhaupt Bestand haben würde.⁴¹

Der Supreme Court von Oregon begann sein Urteil mit der Feststellung, dass die US-Verfassung weder definiere noch vorschreibe, was «*a republican form of government*» sei.⁴² Mit dieser Meinung stand das Gericht nicht alleine. Bereits John Adams gestand in einem Brief aus dem Jahre 1807 über den Begriff der republikanischen Regierungsform: «*But I confess I never understood it, and I believe no other man ever did or ever will.*»⁴³ Mit Verweis auf Ausführungen von Madison in den Federalist Papers kam das Gericht immerhin zum Schluss: «*A republican form of government is a government administered by representatives chosen or appointed by the people or by their autho-*

³⁷ Die Bestimmungen sind im Urteil Kadderly v. City of Portland aufgeführt, 44 Ore. 118, 124–127.

³⁸ Amendment vom 2. Juni 1902, abgedruckt bei Thorpe (Anm. 27), S. 3019.

³⁹ Kadderly v. City of Portland, 44 Ore. 118, 128; Amendment vom 2. Juni 1902, abgedruckt bei Thorpe (Anm. 27), S. 3019.

⁴⁰ Kadderly v. City of Portland, 44 Ore. 118, 129–130. Vgl. auch Williams (Anm. 28), S. 986, wobei die rechtlichen Standpunkte der Stadt Portland nicht in der richtigen Reihenfolge wiedergegeben sind.

⁴¹ Vgl. Williams (Anm. 28), S. 986.

⁴² Vgl. Kadderly v. City of Portland, 44 Ore. 118, 119, 144–145.

⁴³ Brief von John Adams an Mercy Otis Warren vom 20. Juli 1807, abgedruckt in: Collections of the Massachusetts Historical Society, Bd. IV (5. Serie), Boston 1878, S. 332–354 (352 f.).

city.»⁴⁴ Im Hinblick auf die in Oregon eingeführte Verfassungsbestimmung über Initiativen und Referenden entschied das Gericht, dass es nicht gegen die *guarantee clause* der US-Verfassung verstosse, wenn ein Gliedstaat Initiativen und Referenden vorsehe:

*«Now, the initiative and referendum amendment does not abolish or destroy the republican form of government, or substitute another in its place. The representative character of the government still remains. The people have simply reserved to themselves a larger share of legislative power, but they have not overthrown the republican form of the government, or substituted another in its place. The government is still divided into the legislative, executive, and judicial departments, the duties of which are discharged by representatives selected by the people.»*⁴⁵

Im zweiten Schritt kam das Gericht zum Schluss, dass der Entscheid über die Frage der Dringlichkeit grundsätzlich im Ermessen des Gesetzgebers liege und durch das Gericht nicht zu überprüfen sei.⁴⁶

Der umstrittene Entscheid wurde trotz seiner Bedeutung für die Verfassungsmässigkeit der direkten Demokratie nicht vor den US Supreme Court gebracht. Die Stadt Portland hatte gesiegt und für die unterlegenen Kläger wäre mit der Verfassungswidrigkeit des Amendments nichts zu gewinnen gewesen, wollten diese gestützt auf diese Bestimmung doch gerade ein Referendum erzwingen.⁴⁷ Auf diese Weise konnte der Entscheid des Supreme Courts von Oregon nicht nur für weitere Entscheide innerhalb des Staates Vorbild sein,⁴⁸ sondern wurde auch von Gerichten anderer Gliedstaaten zur Begründung der Verfassungsmässigkeit von Initiative und Referendum herangezogen.⁴⁹ Das Argument, wonach die republikanische Struktur des Staates trotz direktdemokratischer Verfahren erhalten bleibe, wurde in der Folge von zahlreichen gliedstaatlichen Gerichten übernommen.⁵⁰ Der Supreme Court von Kalifornien hielt mit Hinweis auf *Kadderly v. City of Portland* etwa fest:

*«[...] it is clear that the direct participation of the electors of subdivisions of a state in legislation as to local affairs was never intended to be prohibited by the framers of the federal constitution.»*⁵¹

⁴⁴ *Kadderly v. City of Portland*, 44 Ore. 118, 119.

⁴⁵ *Kadderly v. City of Portland*, 44 Ore. 118, 145.

⁴⁶ *Kadderly v. City of Portland*, 44 Ore. 118, 148–151.

⁴⁷ Vgl. Williams (Anm. 28), S. 991.

⁴⁸ Vgl. Kiernan v. City of Portland, 57 Ore. 454, 468–469.

⁴⁹ Vgl. etwa die Entscheide *Ex Parte Wagner*, 21 Okla. 33, 34–35 sowie *In Re Pfahler*, 150 Cal. 71, 77–78; im Allgemeinen auch Miller (Anm. 26), S. 33.

⁵⁰ Vgl. Linde (Anm. 22), S. 161 ff. m.w.H.

⁵¹ *In Re Pfahler*, 150 Cal. 71, 77.

b. *Pacific States Telephone and Telegraph Co. v. Oregon – «Oregon System» vor dem US Supreme Court*

Erst im Jahre 1912 erhielt auch der US Supreme Court Gelegenheit, sich mit direkter Demokratie auf gliedstaatlicher Ebene beschäftigen zu können. Der Fall *Pacific States Telephone and Telegraph Co. v. Oregon*⁵² stammte ebenfalls aus Oregon. Gegenstand des Streits war eine gliedstaatliche Steuer auf das Bruttoeinkommen von Telefon- und Telegrafengesellschaften welche im Staat Oregon tätig waren. Die gesetzliche Grundlage der Steuer ging auf eine Volksinitiative zurück. Die Gesellschaft *Pacific States Telephone and Telegraph Co.* weigerte sich, diese Steuer zu bezahlen, worauf der Staat diese klageweise geltend machte. Die Gesellschaft verteidigte sich unter anderem mit dem Argument, die Steuer sei verfassungswidrig, weil der Initiativprozess die *guarantee clause* verletze. Mit dem Fall hatte sich auch der Supreme Court von Oregon zu befassen. Dieser verwies ohne weitere Ausführungen auf seinen Entscheid in *Kaddery v. City of Portland*:

*«Whether the initiative and referendum amendment to the constitution is invalid, because repugnant to the provisions of the Constitution of the United States, was thoroughly argued to and considered by this court[...].»*⁵³

Nachdem die Gesellschaft am Supreme Court von Oregon unterlegen war, brachte sie ihren Fall vor den US Supreme Court. Dieser weigerte sich jedoch, zu prüfen, ob die Initiative und das Referendum die *guarantee clause* tangieren, weil er diese Frage als *political question* auffasste, welche nicht justiziabel sei:

*«As the issues presented, in their very essence, are, and have long since by this court been, definitely determined to be political and governmental, and embraced within the scope of the powers conferred upon Congress, and not, therefore, within the reach of judicial power [...]»*⁵⁴

Das Gericht stützte sich dabei auf seinen Entscheid in *Luther v. Borden* aus dem Jahre 1849.⁵⁵ In diesem Fall wurde der US Supreme Court angerufen, um nach einem Aufstand in Rhode Island zu entscheiden,⁵⁶ welche der beiden konkurrierenden Regierungen als legitim anzusehen war.⁵⁷ Das damalige Gericht entschied, es handle sich dabei um eine *political question*, welche

⁵² *Pacific States Telephone and Telegraph Co. v. Oregon*, 223 U.S. 118; vgl. für eine kurze Zusammenfassung: Miller (Anm. 26), S. 34 f.

⁵³ *Oregon v. Pacific States Telephone and Telegraph Co.*, 53 Ore. 162, 166.

⁵⁴ *Pacific States Telephone and Telegraph Co. v. Oregon*, 223 U.S. 118, 151.

⁵⁵ *Luther v. Borden*, 48 US 1.

⁵⁶ Es handelte sich dabei um die sogenannte Dorr-Rebellion. Vgl. zur Bedeutungslosigkeit des Urteils für die Konfliktlösung etwa Arthur May Mowry, *The Dorr War or the Constitutional Struggle in Rhode Island*, Providence 1901, S. 5.

⁵⁷ Ausführlicher zu diesem Fall: Williams (Anm. 28), S. 994 ff.

der Kongress und nicht ein Gericht zu entscheiden habe.⁵⁸ Würde nämlich das Gericht einer handelnden Regierung nachträglich die Legitimität absprechen, so könne dies nach Ansicht des US Supreme Courts dazu führen, dass alle Akte einer Regierung *ex tunc* für nichtig erklärt werden müssten.⁵⁹ Dieses Argument griff der US Supreme Court im vorliegenden Fall auf, um seine Entscheidung zu rechtfertigen und die Klage abzuweisen.⁶⁰ Dass alle Akte einer solchen Regierung *ex tunc* für nichtig erklärt werden müssten, ist jedoch nicht zwingend und scheint eher ein vorgeschobenes Argument gewesen zu sein, um die aufgeworfenen Fragen nicht entscheiden zu müssen.⁶¹ Dem US Supreme Court kam dabei entgegen, dass die *guarantee clause* im Gegensatz zu allen anderen Bestimmungen der US-Verfassung keine konkrete Bundesbehörde bezeichnet, welche die *guarantee clause* durchzusetzen hat, sondern schlicht von «*The United States*» spricht.⁶² An dieser Rechtsprechung hat der US Supreme Court bis heute festgehalten: Die *guarantee clause* ist nicht justiziabel,⁶³ für die Durchsetzung ist der Kongress zuständig.⁶⁴

3. Direkte Demokratie – Sache des Kongresses?

a. *Verfassung von Oklahoma – «A Zoological Garden of Cranks»*

Der Grund für die Zurückhaltung des US Supreme Courts dürfte nicht zuletzt auch politische Gründe gehabt haben.⁶⁵ Die Debatte um direkte Demokratie war zu dieser Zeit eine besonders heftige, wobei diese einerseits im Kongress selber stattfand, als auch zwischen dem Kongress und dem damaligen Präsidenten William Taft. Unter seinem Vorgänger Theodore Roosevelt wurde im Jahre 1907 das Territorium Oklahoma als Gliedstaat in die Union aufgenommen.⁶⁶ Oklahoma war der erste Staat, welcher bereits bei seinem Eintritt in die Union sowohl die Initiative als auch das Referendum in seiner Verfassung verankert hatte.⁶⁷ William Taft, welcher das Amt des Präsidenten 1909 über-

⁵⁸ Luther v. Borden, 48 US 1, 47.

⁵⁹ Luther v. Borden, 48 US 1, 38–39.

⁶⁰ Pacific States Telephone and Telegraph Co. v. Oregon, 223 U.S. 118, 144–145, 151.

⁶¹ Vgl. Williams (Anm. 28), S. 1001 f.

⁶² Art. 4 Sect. 4 US Const.; vgl. dazu auch Douglas H. Hsiao, Invisible Cities: The Constitutional Status of Direct Democracy in a Democratic Republic, in: Duke Law Journal 41 (1992), S. 1267–1310 (1292).

⁶³ Hsiao (Anm. 62), S. 1292.

⁶⁴ Pacific States Telephone and Telegraph Co. v. Oregon, 223 U.S. 118, 144–145, 147.

⁶⁵ So auch Hsiao (Anm. 62), S. 1294; Williams (Anm. 28), S. 1008 ff.

⁶⁶ Vgl. zu Roosevelts moderat positiver Einstellung gegenüber direkter Demokratie Miller (Anm. 26), S. 27 f.

⁶⁷ Art. V Sect. 1 der Verfassung von Oklahoma von 1907, abgedruckt bei J. L. Lyon, Secretary of State [Hrsg.], The Constitution of the State of Oklahoma, Oklahoma City 1907; vgl. auch Williams (Anm. 28), S. 1009.

nahm, brachte an einer Rede in Arizona zum Ausdruck dass er die Initiative und das Referendum als Zeichen eines zunehmenden Radikalismus‘ in den westlichen Staaten erachte. Taft bezeichnete die Verfassung Oklahomas als «*a zoological garden of cranks*»,⁶⁸ als einen zoologischen Garten von Sonderlingen. Das Territorium Arizona stand zusammen mit New Mexiko kurz davor, vom Kongress in die Union aufgenommen zu werden. Während in New Mexiko die Republikaner die Mehrheit im Verfassungsrat bildeten und direkte Demokratie weitgehend verhinderten, errangen die Demokraten in Arizona eine grosse Mehrheit.⁶⁹ Der Verfassungsrat von Arizona orientierte sich bei seiner Arbeit an der Verfassung Oregons und führte im Gegensatz zu Oklahoma auch die Möglichkeit der Abberufung von Amtsträgern (*recall*) ein. Auf diese Weise sollte es in Arizona wie bereits in Oregon möglich sein, auch gegen Richter einen Recall anzustrengen (*judicial recall*). Insbesondere dieser *judicial recall* wurde zum Stolperstein für die Aufnahme Arizonas in die Union. Nachdem der Verfassungsrat die Verfassung verabschiedet hatte, wurde diese vom Stimmvolk mit überwältigender Mehrheit angenommen.⁷⁰ Die Verfassung wurde daraufhin an den Kongress und an Präsident Taft übermittelt, wobei der Kongress darüber zu beschliessen hatte, ob Arizona in die Union aufgenommen werden sollte und dem Präsidenten bei diesem Beschluss ein Veto zustand.

b. *Judicial recall im Zentrum der Auseinandersetzungen*

Die Gegner der direkten Demokratie im Kongress setzten die *republican form of government* mit dem repräsentativen Regierungssystem gleich und erachteten die Verfahren der direkten Demokratie daher als «*unrepublican*».⁷¹ Der Generalstaatsanwalt der Administration Taft bezeichnete die Verfassung von Arizona als Vehikel für eine Handvoll motivierte Stimmbürger, um die Mehrheit unterdrücken zu können.⁷² Ausserdem warnte er in Anlehnung an Abraham Lincoln:

«It is an attempt to create a government of all the people, by a minority of the people, for a small minority of the people. To adopt it, would be to substitute for the institutions which are the growth and evolution of centuries of English

⁶⁸ Die Rede ist etwa abgedruckt im Arizona Republican vom 14. Oktober 1909, Nr. 147, S. 1.

⁶⁹ Vgl. für die sozio-ökonomischen Gründe Goebel (Anm. 22), S. 83 f.

⁷⁰ Vgl. Williams (Anm. 28), S. 1011 f.

⁷¹ Vgl. etwa Senator Crumpacker, Congressional Record 47 (1911), S. 1448 f.

⁷² Vgl. George W. Wickersham, New States and Constitution, in: George W. Wickersham, The changing order: Essays on Government, Monopoly, and Education, Written during a Period of Readjustment, New York/London 1914, S. 217–268 (267 f.).

and American experience, the devices of French revolution and Swiss socialism.»⁷³

Bei den Republikanern stiess besonders der *judicial recall* auf grosse Ablehnung, doch auch die Initiative und das Referendum wurden weitgehend abgelehnt. Für den republikanischen Kongressabgeordneten Julius Kahn war es das Referendum, welches zum Fall der ersten und zweiten französischen Republik geführt habe und Napoleon sei durch ein Plebiszit oder ein Referendum zum Diktator auf Lebzeiten gewählt worden.⁷⁴ Kahn erwähnte in seinem Votum ebenfalls die Schweiz, welche er mit dem antiken Athen verglich und auf den Umstand hinwies, dass die Stimmbeteiligung bei Volksabstimmungen nur wenig über 50% liege und deshalb kaum von Volksgesetzgebung gesprochen werden könne, wenn fast die Hälfte des Volks sich nicht beteilige.⁷⁵ Kahn erwähnte ausserdem den bedeutenden Zusammenhang zwischen der Initiative auf Verfassungsänderung und einer starren Verfassung, wie sie die USA kennen. Die Verfassung mittels einer Initiative aus dem Volk ändern zu können, sei «*a serious blow to the love and order so prevalent in our Republic*».⁷⁶ Im Hinblick auf die Verfassung von Arizona spitzte der republikanische Senator Weldon Heyburn die Bemerkung von Präsident Taft noch zu und meinte: «*We want no freaks in this household of states.*»⁷⁷

Ganz anders sahen dies die Befürworter der direkten Demokratie, welche für die Aufnahme Arizonas in die Union stimmten. Sinn der *guarantee clause* sei es, monarchische und aristokratische Regierungsformen zu verhindern, direkte Demokratie stehe der republikanischen Regierungsform nicht entgegen.⁷⁸ Senator George Chamberlain ging sogar soweit, zu behaupten, dass direkte Demokratie nötig sei, um die republikanische Regierungsform zu bewahren, damit würden «*the evils of government*» korrigiert.⁷⁹ Immerhin fanden sich auch vereinzelte differenziertere Voten, die direkte Demokratie zwar als mit der Unionsverfassung vereinbar, jedoch nicht als erstrebenswert erachteten. Der republikanische Abgeordnete Henry Dupré vertrat diese Ansicht mit den Worten: «*But because I do not happen to believe in the initiative is no reason why I should call it unrepubli- can; when it has never been so held by any court*».⁸⁰ Schliesslich stimmte der Kongress der Aufnahme Arizonas zu, jedoch mit dem Zusatz, dass dem Stimmvolk von Arizona ein Amendment zur

⁷³ Wickersham (Anm. 72), S. 268 (Hervorhebung im Original durch Kursivschrift).

⁷⁴ Vgl. Repräsentant Kahn, Congressional Record 47 (1911), S. 1340.

⁷⁵ Abgeordneter Kahn, Congressional Record 47 (1911), S. 1340 f.

⁷⁶ Abgeordneter Kahn, Congressional Record 47 (1911), S. 1341.

⁷⁷ Senator Heyburn, Congressional Record 47 (1911), S. 3735.

⁷⁸ Vgl. etwa Abgeordneter Flood, Congressional Record 47 (1911), S. 1516 und ausführlich Senator Chamberlain, Congressional Record 47 (1911), S. 311.

⁷⁹ Senator Chamberlain, Congressional Record 47 (1911), S. 319.

⁸⁰ Abgeordneter Dupré, Congressional Record 47 (1911), S. 1412.

Verfassung vorgelegt werden musste, welches den Recall auf die Mitglieder von Exekutive und Legislative begrenzen sollte. Der Kongress war aber bereit, Arizona auch dann in die Union aufzunehmen, sollte das Stimmvolk das Amendment ablehnen.⁸¹ Dieses nicht bindende Amendment ging Präsident Taft zu wenig weit, er legte sein Veto gegen die Resolution ein und bezeichnete den *judicial recall* in seiner beigefügten Mitteilung (*veto message*) als «*injurious to the cause of free government*».⁸² Bereits in dieser *veto message* gestand Taft aber ein, dass Arizona, einmal in die Union aufgenommen, den *judicial recall* wieder einführen könnte, ohne dass die Bundesregierung etwas dagegen unternehmen könnte.⁸³ Die USA kennen kein Gewährleistungsverfahren für nachträgliche Änderungen der gliedstaatlichen Verfassungen, wie es etwa die Schweiz kennt. Die Kontrolle der gliedstaatlichen Verfassungen steht grundsätzlich dem US Supreme Court im Rahmen des *judicial review* zu, was dieser im Falle der *guarantee clause* ja bereits abgelehnt hatte.

Der Kongress änderte seine Resolution im Sinne Tafts ab. Das Stimmvolk von Arizona musste dem Amendment gegen den *judicial recall* zustimmen, damit das Territorium als Staat in die Union aufgenommen werden konnte.⁸⁴ Taft unterschrieb die Resolution⁸⁵ und das Stimmvolk von Arizona kam der Aufforderung nach und nahm das Amendment in der Abstimmung vom 12. Dezember 1911 mit 14'963 gegen 1'890 Stimmen an.⁸⁶ Daraufhin erklärte Präsident Taft Arizona am 14. Februar 1912 zum 48. Gliedstaat der USA.⁸⁷ Gleichwohl machte das Stimmvolk die von Taft bereits geäußerte Befürchtung wahr und änderte seine Verfassung bei den ersten regulären Wahlen nur neun Monate nach der Aufnahme in die Union wieder ab, wobei die Initiative dazu von der Legislative ausging.⁸⁸ Das Stimmvolk nahm den *judicial recall* in einem obligatorischen Verfassungsreferendum mit ebenso klarem Votum

⁸¹ Vgl. House Joint Resolution 14 Sect. 7, Union Calendar Nr. 10, 62. Congress, 1. Session (1911), Report Nr. 33, S. 9 ff.

⁸² Congressional Records 47 (1911), S. 3964. Gleichzeitig legte Taft ausführlich dar, wie der Recall ablaufen würde. Um eine Abstimmung über den Recall zu erreichen, war ein Quorum von 25% der Stimmenden der letzten regulären Wahlen für das betreffende Amt notwendig.

⁸³ Vgl. Congressional Records 47 (1911), S. 3966.

⁸⁴ Senate Joint Resolution 57, Statutes at Large 37 (1911–1913), Teil 1, S. 39–43.

⁸⁵ Vgl. Congressional Records 47 (1911), S. 4381.

⁸⁶ Office of Secretary of State of Arizona [Hrsg.], Constitutions: Arizona & United States, Januar 2011, S. 2, abrufbar unter http://www.azsos.gov/public_services/Constitution/Constitution.pdf (zuletzt besucht am 20. März 2014).

⁸⁷ Statutes at Large 37 (1912) Teil 2, S. 1728 f.

⁸⁸ Vgl. Office of Secretary of State of Arizona [Hrsg.], Initiative and referendum publicity pamphlet, Regular general election vom 5. November 1912, S. 2, abrufbar unter <http://azmemory.azlibrary.gov/cdm/compoundobject/collection/statepubs/id/10531> (zuletzt besucht am 20. März 2014).

wieder in die Verfassung auf.⁸⁹ Die betreffende Bestimmung findet sich noch heute in der Verfassung von Arizona,⁹⁰ wenngleich diese im Hinblick auf Richter bisher erst einmal angewendet wurde.⁹¹

4. **Zwischenfazit – Direkte Demokratie als political question**

Die Rechtsprechung des US Supreme Courts, wonach die *guarantee clause* nicht justiziabel sei, stösst auch in der heutigen Zeit noch auf heftige Kritik. So wird argumentiert, das Urteil in Sachen *Pacific Telephone & Telegraph Co.* müsse im zeitlichen Kontext betrachtet werden und die politische Landschaft sei heute eine andere.⁹² Andere wollen die Rechtsprechung des US Supreme Court zur Sitzverteilung und Stimmgewichtung bei Wahlen bereits als Vorboten einer Änderung der Rechtsprechung zur *guarantee clause* verstanden wissen. Diese Fälle entscheidet der US Supreme Court jeweils gestützt auf die *equal protection clause*, wobei die Argumentation enge Bezüge zur *guarantee clause* aufweist.⁹³ Der US Supreme Court hielt jedoch bisher an seiner Rechtsprechung fest und lässt den Gliedstaaten damit die Freiheit, ihre Verfassungen durch direktdemokratische Verfahren zu ergänzen. Gleichzeitig schreckt das Gericht aber nicht davor zurück, die von den Gliedstaaten eingeführten direktdemokratischen Verfahren im Rahmen des *judicial review* auf ihre Vereinbarkeit mit den übrigen Bestimmungen der US-Verfassung zu überprüfen. So prüft der US Supreme Court zwar nicht *ob* direkte Demokratie zulässig ist, aber durchaus *wie* diese unter der US Verfassung zu praktizieren ist.

⁸⁹ Über die Stimmenverhältnisse kursieren leicht unterschiedliche Zahlen, vgl. Secretary of State, publicity pamphlets (Anm. 88), S. 2 (16272:3705); Francis G. Wickware [Hrsg.], *The American Year Book: A Record of Events and Progress 1912*, New York/London 1913, S. 183 (16272:3491).

⁹⁰ Art. VIII Part 1 Sect. 1 Arizona Constitution.

⁹¹ Im Jahre 1924 wurde Stephen H. Abbey, Superior Court Judge in Pinal County, vom Stimmvolk abberufen, vgl. Rebecca White Berch, *A History of the Arizona Courts*, in: *Phoenix Law Review* 3 (2010), S. 11–42 (23).

⁹² Vgl. Williams (Anm. 28), S. 1023 f.

⁹³ Vgl. Hsiao (Anm. 62), S. 1295 f.

III. Homogenitätsgebot des Grundgesetzes

1. Direkte Demokratie in Deutschland

a. Weimarer Republik

Erst die Weimarer Reichsverfassung von 1919 sah zum ersten Mal direktdemokratische Verfahren auf Bundesebene vor. Die Verfahren waren jedoch sehr restriktiv ausgestaltet, indem hohe Quoren sowohl bei der Unterschriftensammlung als auch bei der Abstimmung vorgeschrieben waren. Daneben galt bereits damals der noch heute in allen Bundesländern in Kraft stehende Finanzvorbehalt,⁹⁴ nach welchem auf dem Wege der Volksgesetzgebung keine Gesetze beschlossen werden konnten, die finanzielle Auswirkungen hatten.⁹⁵ Entsprechend war auch keines der acht versuchten Volksbegehren erfolgreich.⁹⁶ Fast alle Landesverfassungen der Weimarer Zeit kannten ebenfalls direktdemokratische Verfahren mit sehr hohen Hürden, insbesondere in der Gestalt von hohen Beteiligungsquoten bei der Volksabstimmung, was diese anfällig für Boykottaufrufe machte.⁹⁷ An der Spitze stand dabei Mecklenburg-Strelitz, wo für eine erfolgreiche Verfassungsänderung zwei Drittel der Stimmberechtigten teilnehmen mussten und zusätzlich zwei Drittel der Abstimmenden zustimmen mussten.⁹⁸ Die Weimarer Reichsverfassung sah in Art. 17 ausführliche Homogenitätsbestimmungen für die Länderverfassungen vor. Diese mussten unter anderem Freistaaten – also Republiken – sein und ein allgemeines Wahlrecht vorsehen.⁹⁹ Damit sollte in erster Linie verhindert werden, dass Länder wieder monarchische Systeme einrichten oder dass sie

⁹⁴ Art. 73 Abs. 4 Weimarer Reichsverfassung.

⁹⁵ Wobei die Bedeutung des Finanzvorbehalts in der Weimarer Zeit noch strittig war, vgl. Torsten Rosenke, Die Finanzbeschränkungen bei der Volksgesetzgebung in Deutschland: Unter besonderer Berücksichtigung des Artikels 68 Absatz 1 Satz 4 der nordrhein-westfälischen Verfassung, Baden-Baden 2005, S. 74 ff.; Fabian Wittreck, Direkte Demokratie vor Gericht oder: Direkte Demokratie und Verfassungsgerichtsbarkeit – Ein gestörtes Verhältnis, in: Hermann K. Heussner/Otmar Jung (Hrsg.), Mehr direkte Demokratie wagen: Volksentscheid und Bürgerentscheid: Geschichte, Praxis, Vorschläge, 2. Aufl., München 2009, S. 397–415. (399 f.).

⁹⁶ Vgl. ausführlich Christopher Schwieger, Volksgesetzgebung in Deutschland: Der wissenschaftliche Umgang mit plebiszitärer Gesetzgebung auf Reichs- und Bundesebene in Weimarer Republik, Drittem Reich und Bundesrepublik Deutschland (1919–2002), Berlin 2005, S. 48 ff.

⁹⁷ Vgl. Fabian Wittreck, Weimarer Landesverfassungen: Die Verfassungsurkunden der deutschen Freistaaten 1918–1933, Textausgabe, Tübingen 2004, S. 16 ff. und die Übersichten Nr. 4 und 5 auf S. 46 ff.

⁹⁸ §33 Abs. 2 Verfassung Mecklenburg-Strelitz, abgedruckt bei Wittreck (Anm. 97), S. 434.

⁹⁹ Art. 17 Weimarer Reichsverfassung; vgl. ausführlich zur Einführung dieser Bestimmung Nieding (Anm. 12), S. 70 ff.

sich für ein sozialistisches Rätssystem entscheiden würden.¹⁰⁰ Direkte Demokratie wurde soweit ersichtlich nicht an Art. 17 der Weimarer Reichsverfassung gemessen, was insofern auch verständlich ist, da diese Verfahren auch auf Bundesebene verwirklicht waren.

b. Grundgesetz und Länderverfassungen nach 1945

Das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 enthielt keine direktdemokratischen Elemente mehr.¹⁰¹ Warum die Volksgesetzgebung rundherum abgelehnt wurde, ist nicht restlos geklärt. Traditionell wird auf die negativen Erfahrungen der Weimarer Republik verwiesen, die dazu geführt hätten, dass auf direkte Demokratie im Grundgesetz verzichtet wurde. In neuerer Zeit finden sich Erklärungsversuche, welche das traditionelle Argument der «Weimarer Erfahrungen» ergänzen oder gar zu ersetzen versuchen.¹⁰² Politisch war wohl auch der Umstand von Bedeutung, dass mit dem beginnenden Kalten Krieg die Furcht aufkam, dass sich SED und KPD des direktdemokratischen Instrumentariums bedienen könnten, um den Aufbau der Bundesrepublik Deutschland zu hintertreiben.¹⁰³

Die Länderverfassungen welche noch vor dem Grundgesetz geschaffen wurden, sahen alle erneut direktdemokratische Verfahren vor. Diejenigen, welche erst nach dem Grundgesetz verabschiedet wurden, orientierten sich am Grundgesetz und verzichteten auf direkte Demokratie.¹⁰⁴ Bis zur Wiedervereinigung führten lediglich Baden-Württemberg (1974) und das Saarland (1979) die Möglichkeit von Volksbegehren und Volksentscheid in ihre Verfassungen ein.¹⁰⁵ Erst die durch den Volksaufstand in der DDR ermöglichte Wiedervereinigung im Jahre 1990 löste eine neue Dynamik aus, indem alle neuen Bundesländer in den Jahren 1992/93 direktdemokratische Elemente in ihre Verfassungen aufnahmen.¹⁰⁶ Diese Entwicklung hatte auch Einfluss auf

¹⁰⁰ Vgl. Nieding (Anm.12), S. 72 ff.

¹⁰¹ Art. 29 GG sieht lediglich eine Volksabstimmung bei Gebietsveränderungen vor, wobei es sich nicht um eine Abstimmung des deutschen Volkes, sondern um eine solche der betroffenen Bevölkerung handelt, vgl. Horst Dreier/Fabian Wittreck, Repräsentative und direkte Demokratie im Grundgesetz, in: Jahrbuch für direkte Demokratie 2009, Baden-Baden 2010, S. 11–39 (19).

¹⁰² Vgl. für eine kurze Darstellung der neueren Versuche Schwieger (Anm. 96), S. 281 ff.

¹⁰³ Vgl. Otmar Jung, Grundgesetz und Volksentscheid, Gründe und Reichweite der Entscheidungen des Parlamentarischen Rats gegen Formen direkter Demokratie, Opladen 1994, S. 331 ff.

¹⁰⁴ Vgl. ausführlich zu diesem Unterschied Jung (Anm. 103), S. 96 ff.

¹⁰⁵ Vgl. Jung (Anm. 103), S. 101 f.

¹⁰⁶ Vgl. Andreas Wirsching, Konstruktion und Erosion: Weimarer Argumente gegen Volksbegehren und Volksentscheid, in: Christoph Gusy (Hrsg.), Weimars lange Schatten – «Weimar» als Argument nach 1945, Baden-Baden 2003, S. 335–353 (351 f.).

die westdeutschen Bundesländer: Neben den Verfassungen der fünf neuen Bundesländern gaben sich auch Niedersachsen und Berlin neue Verfassungen und in Bremen, Hamburg und Rheinland-Pfalz fanden zumindest Teilrevisionen statt. Alle diese Revisionen führten zu mehr direkter Demokratie. Mit Abschluss einer Verfassungsrevision in Hamburg im Jahre 1996 verfügen heute alle Länderverfassungen über direktdemokratische Verfahren, sowohl auf Landes- als auch auf Kommunalebene.¹⁰⁷

2. Demokratiebegriff und Homogenitätsprinzip

a. Bundesstaatliche Spaltung des Demokratiebegriffs

Das Homogenitätsgebot des Grundgesetzes fordert in Art. 28 Abs. 1 Satz 1: «Die verfassungsmässige Ordnung in den Ländern muss den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne dieses Grundgesetzes entsprechen.»¹⁰⁸ Die Voraussetzung des republikanischen und demokratischen Rechtsstaates wiederholen in ähnlicher Weise auch fast alle Länderverfassungen.¹⁰⁹ Ein Teil der Lehre will das für den Bund geltende Demokratieprinzip vorrangig als repräsentativ verstehen, da im Bund bisher auf direktdemokratische Verfahren weitgehend verzichtet wurde.¹¹⁰ Folgt man dieser Auffassung, so stellt sich die Frage, was dies für Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG bedeutet. An dieser Stelle verpflichtet nämlich das Grundgesetz auch die Länder, eine demokratische Verfassungsordnung aufzustellen. Da heute alle Bundesländer die Möglichkeit der Volksgesetzgebung eingeführt haben, im Bund solche Verfahren aber nicht existieren, kann dieses Demokratieprinzip nicht das gleiche Demokratieprinzip sein, welches für den Bund gilt. Die herrschende Lehre und Rechtsprechung sind sich nämlich im Grundsatz einig, dass das Homogenitätsgebot direktdemokratische Verfahren auf

¹⁰⁷ Vgl. Hanns-Jürgen Wiegand, *Direktdemokratische Elemente in der deutschen Verfassungsgeschichte*, Berlin 2006, S. 401.

¹⁰⁸ Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG.

¹⁰⁹ Eine der wenigen Ausnahmen stellt die Verfassung von Bremen dar, welche sich in Art. 65 Abs. 1 zwar zur Demokratie bekennt, diesen Absatz aber nicht unter die Ewigkeitgarantie stellt, vgl. Art. 125 Abs. 4 sowie Art. 20 Abs. 1 und 2 Landesverfassung Bremen; vgl. auch Fabian Wittreck, *Direkte Demokratie und Verfassungsgerichtsbarkeit: Eine kritische Übersicht zur deutschen Verfassungsrechtsprechung in Fragen der unmittelbaren Demokratie von 2000 bis 2002*, in: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 53 (2004), S. 111–185 (133 ff.), Wittreck nimmt Bezug auf das Urteil des Staatsgerichtshofs Bremen vom 14. Februar 2000, DÖV 53 (2000), S. 915 ff.

¹¹⁰ Vgl. ausführlich zu dieser Kontroverse: Hasso Hofmann, *Bundesstaatliche Spaltung des Demokratiebegriffs?*, neu abgedruckt in: Hasso Hofmann, *Verfassungsrechtliche Perspektiven: Aufsätze aus den Jahren 1980–1994*, Tübingen 1995, S. 146–160 (148 ff.).

Landesebene nicht grundsätzlich verbietet, auch wenn der Gesetzgeber auf Bundesebene bisher weitgehend auf direktdemokratische Verfahren verzichtet hat.¹¹¹ Somit gehen Bund und Länder faktisch von unterschiedlichen Demokratiebegriffen aus, was Hasso Hofmann die «Spaltung des Demokratiebegriffs» zwischen Grundgesetz und Länderverfassungen nannte.¹¹² Will man dabei das Demokratieprinzip des Bundes wirklich vorrangig als repräsentativ verstehen, was insbesondere auch Hofmann in Frage stellt,¹¹³ so bleibt nur der Ausweg, von unterschiedlichen Demokratiebegriffen in Bund und Ländern auszugehen.¹¹⁴ Die Bundesländer wären damit frei in der Frage, ob sie direkte Demokratie einführen wollen. Diese Freiheit hat auch das Bundesverfassungsgericht anerkannt:

«In diesen Bereich der Gestaltungsfreiheit der Länder, der weder durch Art. 28 Abs. 1 Satz 1 und 2 GG noch durch andere Vorschriften des Grundgesetzes beschränkt wird, gehören auch die landesrechtlichen Bestimmungen darüber, unter welchen Voraussetzungen und mit welchen Inhalten Volksbegehren und Volksentscheid zulässig sein sollen».¹¹⁵

b. Beschränkte Bedeutung des bundesrechtlichen Homogenitätsgebots für die Praxis der Landesverfassungsgerichte

Das bundesrechtliche Homogenitätsgebot hat in Entscheiden der Länderverfassungsgerichte zu Verfahren direkter Demokratie kaum eine direkte Bedeutung erhalten. Dies hat in erster Linie einen verfahrensrechtlichen Grund: Das Homogenitätsgebot wird nach herrschender Lehre nicht als eine Norm aufgefasst, welche in das Landesverfassungsrecht hineinwirkt.¹¹⁶ Geltendes Landesverfassungsrecht darf somit von einem Landesverfassungsgericht nicht gestützt auf das bundesrechtliche Homogenitätsgebot aufgehoben werden, da eine solche Überprüfung gemäss Art. 100 Abs. 1 GG alleine dem Bundesverfassungsgericht vorbehalten ist.¹¹⁷ Da nun aber fast alle Bundesländer sich in

¹¹¹ Vgl. Maunz/Scholz (Anm. 2), N. 34; Dreier (Anm. 1), N. 62.

¹¹² Vgl. Hofmann (Anm. 110), S. 146; vgl. auch Dreier/Wittreck (Anm. 101), S. 20 f.

¹¹³ Vgl. Hofmann (Anm. 110), S. 156 ff.

¹¹⁴ Vgl. Hofmann (Anm. 110), S. 155 ff.; Dreier/Wittreck (Anm. 101), S. 21.

¹¹⁵ BVerfGE 60, 175 (182); vgl. auch Dreier/Wittreck (Anm. 101), S. 20.

¹¹⁶ Vgl. BVerfGE 1, 208; Maunz/Scholz (Anm. 2) N. 20; mit überzeugender Begründung auch Dreier (Anm. 18), S. 121.

¹¹⁷ Da es sich bei diesem Vorverfahren noch nicht um ein Gesetz, sondern um einen Gesetzesentwurf handelt, stellt sich die Frage, ob Art. 100 Abs. 1 GG auch auf Gesetzesentwürfe anwendbar ist. In der Lehre wurde die Frage erörtert, ob die Länderverfassungsgerichte nicht verpflichtet wären, solche Gesetzesentwürfe im Sinne von Art. 100 Abs. 1 GG dem BVerfG vorzulegen, getan haben sie das bisher aber nicht, vgl. dazu Gunther Jürgens, Direkte Demokratie in den Bundesländern: Gemeinsamkeiten, Unterschiede, Erfahrungen, Vorbildfunktion für den Bund?, Stuttgart 1993,

ihren Landesverfassungen selber zu den Prinzipien von Demokratie oder Republik bekennen und damit die inhaltlichen Voraussetzungen des bundesrechtlichen Homogenitätsprinzip wiederholen, sind die Landesverfassungsgerichte nicht auf das Homogenitätsgebot des Grundgesetzes angewiesen. Teilweise ziehen die Länderverfassungsgerichte das Homogenitätsgebot des Grundgesetzes aber immerhin ergänzend heran,¹¹⁸ denn ein Teil der Lehre vertritt die Ansicht, wonach das bundesrechtliche Homogenitätsgebot den vom Landesverfassungsgeber gewährten Spielraum der Volksgesetzgebung einschränken kann.¹¹⁹ Eine Ausnahme bildet eine Entscheidung des Staatsgerichtshofs von Bremen aus dem Jahre 2000, in welchem das Gericht über ein Volksbegehren auf Änderung der Landesverfassung zu entscheiden hatte. Das Volksbegehren wollte unter anderem das Unterstützungsquorum, also die Zahl der nötigen Unterschriften für ein Volksbegehren senken.¹²⁰ Als bisher einziges Landesverfassungsgericht hat der Staatsgerichtshof von Bremen diesen Zulassungsantrag im Wesentlichen gestützt auf das Homogenitätsgebot von Art. 28 Abs. 1 GG abgelehnt. Grund dafür mag der Umstand gewesen sein, dass die Landesverfassung von Bremen sich zwar ebenfalls zur Demokratie bekennt,¹²¹ diese Bestimmung aber nicht von der landesverfassungsrechtlichen Ewigkeitgarantie geschützt wird.¹²² Damit wären die Verfassungsbestimmungen über die Quoren dem Volksgesetzgebungsverfahren zugänglich gewesen, was das Gericht scheinbar verhindern wollte.¹²³

S. 108 ff.; Stefan Przygode, Die deutsche Rechtsprechung zur unmittelbaren Demokratie: Ein Beitrag zur Praxis der Sachentscheide in Deutschland, Baden-Baden 1995, S. 148 ff.

¹¹⁸ Vgl. etwa die Ausführungen des Thüringer Verfassungsgerichtshofes in seinem Urteil vom 19. September 2001, VerfGH 4/01, S. 25, 72.

¹¹⁹ So sehen etwa Selmer/Hummel im Demokratieprinzip des Homogenitätsgebots die Rettung vor finanzwirksamen Volksentscheiden in Hamburg, vgl. Peter Selmer/Lars Hummel, Zulässige Volksentscheide über alle haushaltsplanexternen Haushaltsangelegenheiten?, in: Zeitschrift für öffentliches Recht in Norddeutschland, 2009, S. 137–143 (140 ff.).

¹²⁰ Das Volksbegehren wäre zustande gekommen, sofern die Zahl der Unterschriften 5% der Anzahl Stimmenden der letzten Bürgerschaftswahlen betragen hätte. Bei Verfassungsänderungen hätte die Zahl der Unterschriften 10% betragen müssen. Beim Volksentscheid über Gesetze oder die Landesverfassung hätte ausserdem kein Beteiligungsquorum mehr gelten sollen, der Entscheid wäre mit der Mehrheit der Abstimmenden gefasst worden. Das Begehren ist wiedergegeben im vollständigen Urteil des Staatsgerichtshofs von Bremen, Urteil vom 14. Februar 2000, St 1/98 (Gründe I.).

¹²¹ Vgl. Art. 65 Abs. 1 Landesverfassung Bremen.

¹²² Vgl. Art. 20 Abs. 3 Landesverfassung Bremen.

¹²³ Vgl. Dreier/Wittreck (Anm. 101), S. 133.

3. Praxis der Länderverfassungsgerichte zum Demokratieprinzip

Die Praxis der Länderverfassungsgerichte zur grundlegenden Gestalt der direkten Demokratie ist bis auf wenige Ausnahmen erstaunlich homogen. Vorrangiges Ziel der Gerichte ist es, die «Prävalenz der parlamentarischen Gesetzgebung» zu sichern.¹²⁴ Im Wesentlichen dienen diesem Zweck hohe Quoren und ein streng verstandener Finanzvorbehalt. Die Gerichte ordnen sowohl die Quoren als auch den Finanzvorbehalt dem Demokratieprinzip zu, indem sie dieses als vorrangig repräsentativ auffassen. Erleichterungen für die Volksgesetzgebung werden von den Landesverfassungsgerichten regelmässig bereits im Zulassungsverfahren für ein Volksbegehren als unzulässig erklärt. Würde etwa das Budgetrecht der Volksgesetzgebung eröffnet, so bestünde laut dem Thüringer Verfassungsgerichtshof die «Gefahr der Selbstbedienung», die Funktionsfähigkeit von Parlament und Regierung würden Schaden nehmen.¹²⁵ Da die Länderverfassungen das Demokratieprinzip fast ausnahmslos durch das Ewigkeitsgebot schützen, bewirkt diese Rechtsprechung, dass die Auslegung des Demokratieprinzips durch Verfassungsgerichte sowohl vor der Volksgesetzgebung als auch vor der parlamentarischen Gesetzgebung geschützt wird. Weder Volk noch Parlament können etwa Quoren senken oder den Finanzvorbehalt einschränken, falls die Gerichte durch solche Änderungen das ewig geltende Demokratieprinzip als verletzt erachten.¹²⁶

In neuerer Zeit haben jedoch einige Länderverfassungsgerichte dieses Demokratieprinzip liberaler ausgelegt. Den Anfang machte der sächsische Verfassungsgerichtshof, welcher in einer Entscheidung aus dem Jahre 2002 den Finanzvorbehalt enger fasste und nicht mehr jedes finanzwirksame Gesetz von der Volksgesetzgebung ausschliessen will, sondern nur noch solche, welche Haushaltsgesetze selbst betreffen.¹²⁷ Auch der Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin fasst den Finanzvorbehalt seit 2009 enger, indem er Volksbegehren zulässt, welche sich auf zukünftige Haushalte auswirken und nur noch solche verbietet, welche sich auf den aktuellen Haushalt auswirken.¹²⁸ Die unterschiedlichen Ansätze zeigen, dass sich hier womöglich eine neue Praxis anbahnt.

¹²⁴ Den Ausdruck verwendete der Thüringer Verfassungsgerichtshof in seinem Urteil vom 19. September 2001, VerfGH 4/01, S. 45, 51; kritisch dazu Dreier/Wittreck (Anm. 101), S. 25.

¹²⁵ ThürVerfGH, Urteil vom 19. September 2001, VerfGH 4/01, S. 58.

¹²⁶ Vgl. ausführlich zur Praxis der Landesverfassungsgerichte zur direkten Demokratie Wittreck (Anm. 109), S. 111 ff.

¹²⁷ Urteil des Verfassungsgerichtshofs des Freistaates Sachsen vom 11. Juli 2002, Vf. 91-VI-01, S. 19 ff.; vgl. auch Wittreck (Anm. 109), S. 170 ff.

¹²⁸ Verfassungsgerichtshof Berlin, Urteil vom 6. Oktober 2009, VerfGH 143/08, S. 23 f.

4. Zwischenfazit – Wertendes Konzept von Demokratie

In Deutschland sind die Gliedstaaten frei, direkte Demokratie einzuführen, das Homogenitätsgebot macht ihnen dabei kaum Vorschriften. Auch die konkrete Ausgestaltung der direktdemokratischen Verfahren obliegt weitgehend den Bundesländern. Die Landesverfassungsgerichte engen diese Freiheit gestützt auf das in den Landesverfassungen wiederholte Demokratieprinzip jedoch empfindlich ein. Diese Rechtsprechung zum Demokratieprinzip wird durch das Ewigkeitsgebot ausserdem gegen Verfassungsänderungen immunisiert. Dabei zeigt sich, dass die Gerichte ein wertendes Konzept der Demokratie anwenden, bei welchem der Vorrang repräsentativer Demokratie gegenüber Verfahren der direkten Demokratie geschützt werden soll.

IV. Die schweizerische Homogenitätsklausel

1. Direkte Demokratie in der Schweiz

Als die Bundesverfassung von 1848 in Kraft trat, hatte eine Vielzahl von Kantonen bereits direktdemokratische Verfahren eingeführt. Zu Beginn der Regeneration wurden die neuen liberal-repräsentativen Verfassungen im Rahmen von obligatorischen Verfassungsreferenden dem Volk unterbreitet.¹²⁹ Erst mit etwas Verspätung verbreitete sich auch die Volksinitiative auf Totalrevision der Verfassung in einigen Kantonen,¹³⁰ in Bern etwa erst 1846.¹³¹ Gleichwohl wurde bereits in der Bundesverfassung von 1848 mit Art. 6 Abs. 2 die Bestimmung aufgenommen, wonach die Kantone Verfassungen vorzusehen hatten, welche «die Ausübung der politischen Rechte nach republikanischen – repräsentativen oder demokratischen – Formen sichern».¹³² Diese wurden vom Bund gewährleistet, sofern «sie vom Volke angenommen worden sind und revidiert werden können, wenn die absolute Mehrheit der Bürger es verlangt».¹³³ Der Bund forderte damit von den Kantonen, sowohl ein obligatorisches Verfassungsreferendum als auch eine Volksinitiative auf Totalrevision der Verfassung. Entgegen den Ausführungen in der Verfassungskommission wurde diese Bestimmung auch auf die geltenden Kantonsverfassungen angewendet.¹³⁴ Im Gegensatz zu den Verfassungen der USA und Deutschland verpflichtete der Bund die Kantone von Anfang an, zumin-

¹²⁹ Vgl. Alfred Kölz, *Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte*, Bd. 1, Ihre Grundlinien vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848, Bern 1992, S. 303 f.

¹³⁰ Vgl. Kölz (Anm. 129), S. 307 ff.

¹³¹ Vgl. Kölz (Anm. 129), S. 503 f.

¹³² Art. 6 Abs. 2 lit. b BV 1848.

¹³³ Art. 6 Abs. 2 lit. c BV 1848.

¹³⁴ Vgl. Kölz (Anm. 129), S. 580.

dest auf Ebene der Kantonsverfassungen direkte Demokratie einzuführen. Konsequenterweise führte auch der Bund bereits 1848 das obligatorische Verfassungsreferendum und die Volksinitiative auf Totalrevision der Bundesverfassung ein.¹³⁵

2. Gewährleistungspraxis

a. Frühe Praxis bei Verfassungsrevisionen in den Kantonen

Die Schweiz kennt im Gegensatz zu den USA und Deutschland ein Gewährleistungsverfahren bei Änderungen der gliedstaatlichen Verfassungen.¹³⁶ Die Praxis der Bundesbehörden zu dieser Gewährleistung ermöglicht einen Einblick in den Demokratiebegriff, von welchem der Bund bei der Gewährleistung der Kantonsverfassungen ausging. Heute wird von der Lehre betont, dass die Homogenitätsklausel den Kantonen grösstmögliche Gestaltungsfreiheit bei den Volksrechten belässt.¹³⁷ Dies traf für die erste Phase nach der Bundesstaatsgründung nicht uneingeschränkt zu, denn die Homogenitätsklausel sollte die Kantone dazu zu bringen, der Staatform einer demokratischen Republik zuwiderlaufende Regelungen aufzuheben. Die schweizerische Homogenitätsklausel hatte somit bei aller Verwandtschaft mit der *guarantee clause* von Beginn weg ein anderes Ziel,¹³⁸ die Spaltung des Demokratiebegriffes zwischen Bund und Gliedstaaten sollte geradezu verhindert werden. Die Homogenitätsklausel war nicht nur ein Mittel, um monarchische oder aristokratische Elemente in den kantonalen Verfassungen zu verhindern. Ihr kam auch der Zweck zu, die Entwicklung der Kantone hin zu mehr Demokratie zu begünstigen.¹³⁹ Mit der Volksinitiative auf Totalrevision der Kantonsverfassung sollten nicht zuletzt auch gewaltsame Umstürze in den Kantonen vermieden werden, indem ein Verfahren zur Revision der Kantonsverfassungen zur Verfügung gestellt wurde.¹⁴⁰

Es kam in der Praxis der frühen Bundesversammlung vor, dass Kantonen die Gewährleistung verweigert wurde, weil Änderungen ihrer Kantonsverfas-

¹³⁵ Vgl. Art. 113 f. BV 1848.

¹³⁶ Töndury (Anm. 2), S. 164.

¹³⁷ Vgl. etwa Giovanni Biaggini, BV Kommentar, Zürich 2007, Art. 51 BV, N. 11.

¹³⁸ Vgl. Töndury (Anm. 2), S. 162 f.

¹³⁹ Vgl. Töndury (Anm. 2), S. 162 f.

¹⁴⁰ Zur Bedeutung dieser Vorgaben für die Zeit des frühen Bundesstaates: Stefan G. Schmid, Direkte Demokratie und dynamische Verfassung, in: René Roca/Andreas Auer [Hrsg.], Wege zur direkten Demokratie in den schweizerischen Kantonen, Zürich 2011, S. 23–52 (32 f.); vgl. auch Johann Jakob Blumer, Handbuch des schweizerischen Bundesstaatsrechtes, Bd. 2, Schaffhausen 1864, S. 108 f.; zum Zweck der Bestimmung auch Werner Gut, Die Gewährleistung der Kantonsverfassungen durch den Bund, Lachen 1928, S. 21.

sungen gegen Art. 6 Abs. 2 der BV 1848 verstieessen. So wollte etwa der Kanton Nidwalden 1850 eine Rigiditätsklausel einführen, wonach die Kantonsverfassung für eine gewisse Zeit nicht abänderbar gewesen wäre.¹⁴¹ Dem Kanton Schaffhausen verweigerte die Bundesversammlung 1852 eine Bestimmung, welche Verfassungsrevisionen vom Anwesenheitsquorum von zwei Dritteln der Stimmberechtigten an der Wahlversammlung abhängig gemacht hätte.¹⁴² Dem Kanton Graubünden verweigerte die Bundesversammlung 1852 die Gewährleistung einer Verfassungsbestimmung, welche das Begehren auf Revision der Kantonsverfassung nur zugelassen hätte, sofern der Grosse Rat der Revision zugestimmt hätte.¹⁴³ Erst nach Präzisierung durch die Regierung des Kantons Graubündens, wonach es sich dabei nicht um einen freien Entscheid des Rates handle, sondern dieser einem Revisionsbegehren Folge leisten müsse, gewährleistete die Bundesversammlung schliesslich diese Verfassungsbestimmung.¹⁴⁴ Die enge Verbindung zwischen der Homogenitätsklausel und der politischen Gleichheit zeigt ein Entscheid aus dem Jahre 1863.¹⁴⁵ In diesem verweigerte die Bundesversammlung mehreren Bestimmungen der Kantonsverfassung Luzerns gestützt auf Art. 4 BV 1848 (Rechtsgleichheit) die Gewährleistung, weil diese ein Zensuswahlrecht vorsahen und für die Wahl zu gewissen Ämtern Kautionspflichten aufstellten. Mit dieser Kautionspflicht hätten allfällige Schäden durch die amtlichen Verrichtungen der Gewählten gedeckt werden sollen, was aber faktisch die nicht vermögenden Bürger von diesen Ämtern ausgeschlossen hätte.¹⁴⁶

b. Der Weg zur reinen Demokratie

Die Bundesverfassung von 1874 übernahm die Gewährleistungsbestimmung der BV 1848 unverändert.¹⁴⁷ Gleichwohl erachteten die demokratischen und radikalen Kräfte die liberal-republikanische Staatsform lediglich als Über-

¹⁴¹ Vgl. BBl 1850 II 227; Rudolf Eduard Ullmer, Die staatsrechtliche Praxis der schweizerischen Bundesbehörden aus den Jahren 1848–1860 (Bd. 1), Zürich 1862, S. 25 (Nr. 28).

¹⁴² Vgl. Ullmer (Anm. 141), S. 29 (Nr. 30); Yvo Hangartner/Andreas Kley, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000, N. 1362.

¹⁴³ Vgl. BBl 1853 I 425; Ullmer (Anm. 141), S. 30 (Nr. 31).

¹⁴⁴ Vgl. BBl 1853 III 709; Ullmer (Anm. 141), S. 31 f. (Nr. 31).

¹⁴⁵ Vgl. zur Verbindung von Demokratie und Rechtsgleichheit im Rahmen der Homogenitätsklausel auch Kölz (Anm. 129), S. 579 ff.

¹⁴⁶ Vgl. BBl 1863 II 606; BBl 1863 III 355 ff.; vgl. auch Rudolf Eduard Ullmer, Die staatsrechtliche Praxis der schweizerischen Bundesbehörden aus den Jahren 1848–1863 (Bd. 2), Zürich 1866, S. 35 f. (Nr. 715). Die Kantone Aargau und Tessin kannten diese Kautionspflicht ebenfalls, vgl. ebenda S. 37 (Nr. 716).

¹⁴⁷ Formulierung nach Art. 6 Abs. 2 lit. b BV 1874, die Formulierung ist die gleiche wie in Art. 6 Abs. 2 lit. b. BV 1848, wobei dort die Klammern durch Gedankenstriche ersetzt waren.

gangerscheinung auf dem Weg zur direkten Demokratie, welche auch «reine Demokratie»¹⁴⁸ oder eben einfach «Demokratie» genannt wurde.¹⁴⁹ Die vom Bundesrecht vorgeschriebene Initiative auf Totalrevision der Kantonsverfassung wirkte in vielen Kantonen als ein Katalysator, welcher «legale Revolutionen» ermöglichte.¹⁵⁰ Auf diese Weise gingen die Kantone allmählich über die vom Bund vorgeschriebenen direktdemokratischen Verfahren hinaus und ermöglichten daneben auch das Gesetzesreferendum und die Gesetzesinitiative.¹⁵¹ Dieses Streben nach der reinen Demokratie findet sich auch in den Äusserungen der Bundesbehörden zu Verfassungsrevisionen in den Kantonen. Für die Mehrheit der beratenden Kommission des Ständerates trat etwa der Kanton Basel-Stadt «in die Bahn der reinen Demokratie» ein, als er im Jahre 1875 um Gewährleistung für seine neue Verfassung ersuchte.¹⁵² Basel-Stadt kannte bis zu diesem Zeitpunkt lediglich das obligatorische Verfassungsreferendum. Bei der Wahl des Grossen Rates herrschte ausserdem noch keine Stimmengleichheit, da unter anderem den Zünften eine gewisse Anzahl Sitze im Parlament zugewiesen waren.¹⁵³ Eine Volksinitiative auf Totalrevision der Kantonsverfassung kannte Basel-Stadt noch nicht. Die neue Verfassung ermöglichte nun darüber hinaus auch die Gesetzesinitiative und das fakultative Gesetzesreferendum.¹⁵⁴ Als nicht minder fortschrittlich erachtete der Bundesrat die revidierte Luzerner Kantonsverfassung aus dem Jahre 1890. Die Verfassung änderte mehrere Bestimmungen darüber, wie eine Verfassungsrevision ausgelöst werden konnte und mit welchen Mehrheiten sie gutgeheissen werden musste. Allen Bestimmungen war gemein, dass sie für die absolute Mehrheit nicht mehr auf die Zahl der Stimmberechtigten abstellten, sondern neu auf die Zahl der Abstimmenden.¹⁵⁵ Das heute noch in fast

¹⁴⁸ Vgl. etwa Bericht der Mehrheit der Kommission des Ständerates, betreffend eidgenössische Gewährleistung der neuen Verfassung des Kantons Basel-Stadt, vom 28. Juni 1875, BBl 1875 III 958 ff. (958).

¹⁴⁹ Hangartner/Kley (Anm. 142), N. 1349; Töndury (Anm. 2), S. 177 f.

¹⁵⁰ Vgl. Alfred Kölz, *Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte: Ihre Grundlinien in Bund und Kantonen seit 1848*, Bern 2004, S. 35.

¹⁵¹ Vgl. Kölz (Anm. 150), S. 34 ff.

¹⁵² Bericht der Mehrheit der Kommission des Ständerates, betreffend eidgenössische Gewährleistung der neuen Verfassung des Kantons Basel-Stadt, vom 28. Juni 1875, BBl 1875 III 958 ff. (958).

¹⁵³ Bericht der Mehrheit der Kommission des Ständerates, betreffend eidgenössische Gewährleistung der neuen Verfassung des Kantons Basel-Stadt, vom 28. Juni 1875, BBl 1875 III 958 ff. (959).

¹⁵⁴ Bericht der Mehrheit der Kommission des Ständerates, betreffend eidgenössische Gewährleistung der neuen Verfassung des Kantons Basel-Stadt, vom 28. Juni 1875, BBl 1875 III 958 ff. (958 f.).

¹⁵⁵ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die eidgenössische Gewährleistung des luzernischen Verfassungsgesetzes vom 26. November 1890, vom 10. April 1891, BBl 1891 I 987 ff. (989).

allen deutschen Bundesländern gebräuchliche Konzept, die nötigen Quoren in Bezug auf die Stimmberechtigten zu berechnen,¹⁵⁶ bezeichnete der Bundesrat damals als «undemokratisch und darum unhaltbar».¹⁵⁷ Für ihn stellte die Luzerner Verfassung den Schritt von der «passiven» zur «aktiven» Demokratie dar.¹⁵⁸ Diese Beispiele zeigen, dass der Druck der Bundesbehörden auf die Kantone Wirkung zeigte.

Auch auf Bundesebene wurde in der Folge die direkte Demokratie ausgebaut. So führte die Schweiz 1874 das fakultative Gesetzesreferendum gegenüber Bundesgesetzen ein, im Jahre 1891 die Volksinitiative auf Teilrevision der Verfassung und 1921 das Staatsvertragsreferendum. Obwohl die Homogenitätsklausel hinter dieser Entwicklung zurückblieb, kennen heute alle Kantone weitergehende direktdemokratische Rechte und versehen diese mit weniger hohen Hürden. Das von der Homogenitätsklausel vorgegebene Minimum an direkter Demokratie hat offenbar genügt, um die weitere Entwicklung hin zu direkter Demokratie zu begünstigen.

3. Weitgehende Bedeutungslosigkeit für die Gerichtspraxis

Da die Bundesverfassung der Bundesversammlung die Aufgabe zuweist, Kantonsverfassungen zu gewährleisten, prüft das Bundesgericht Kantonsverfassungen grundsätzlich nicht auf ihre Bundesrechtskonformität.¹⁵⁹ Ob die kantonalen Verfassungen den direktdemokratischen Minimalstandard der Homogenitätsklausel einhalten, prüft somit auch heute noch eine politische Behörde. Darüber hinaus anerkennt das Bundesgericht, dass die direktdemokratischen Rechte in den Kantonen entstanden und von diesen selbständig erweitert worden sind, indem es diese Initiativrechte auch heute noch als kantonale Rechte ansieht.¹⁶⁰ Direktdemokratisch zustande gekommene Normen der Kantone gestützt auf die Homogenitätsklausel von Art. 51 Abs. 1 BV vor Gericht anzufechten, ist daher im Gegensatz zu den USA und Deutsch-

¹⁵⁶ Eine jeweils aktualisierte Übersicht über die Verfahrensvoraussetzungen der direkten Demokratie in den Bundesländern bietet die Homepage des Vereins Mehr Demokratie, <http://www.mehr-demokratie.de/5972.html> (zuletzt besucht am 13. Februar 2014).

¹⁵⁷ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die eidgenössische Gewährleistung des luzernischen Verfassungsgesetzes vom 26. November 1890, vom 10. April 1891, BBl 1891 I 987 ff. (1893).

¹⁵⁸ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die eidgenössische Gewährleistung des luzernischen Verfassungsgesetzes vom 26. November 1890, vom 10. April 1891, BBl 1891 I 987 ff. (1893).

¹⁵⁹ Vgl. etwa Alexander Ruch, Kommentar zu Art. 51 BV, N. 19, in: Bernhard Ehrenzeller et al. [Hrsg.], St. Galler Kommentar, 2. Aufl., Lachen/Zürich 2008.

¹⁶⁰ Vgl. etwa Alfred Kölz, Die kantonale Volksinitiative in der Rechtsprechung des Bundesgerichts: Darstellung und kritische Betrachtung, in: ZBl 83 (1982), S. 2–49 (4 f.).

land nicht denkbar. Im Gegenteil, Art. 51 Abs. 1 BV hat in der Praxis der Gerichte nur eine äusserst geringe Bedeutung erhalten. Vor Bundesgericht interessiert, wenn überhaupt, höchstens der Aspekt, wonach Art. 51 Abs. 1 BV die Kantone zur Gewaltentrennung verpflichtet¹⁶¹ oder den Bürgern das Recht zur direkten Wahl der Volksvertretung garantiert.¹⁶² In BGE 129 I 232 setzte sich das Bundesgericht immerhin kursorisch mit der Frage auseinander, wie das Demokratieprinzip nach Art. 51 Abs. 1 BV im Verhältnis zum Rechtsstaatsprinzip zu beurteilen ist, falls eine kommunale Volksinitiative Einbürgerungsentscheide entgegen den bundesverfassungsrechtlichen Garantien einer Urnenabstimmung unterstellen will.¹⁶³ Ähnlich wie in den USA heisst das nun aber nicht, dass sich das Bundesgericht nicht mit der konkreten Ausgestaltung der direktdemokratischen Verfahren befassen würde. In diesen Fällen stützt es sich aber auf die Wahl- und Abstimmungsfreiheit von Art. 34 Abs. 2 BV und nicht auf die Homogenitätsklausel.

4. Zwischenfazit – Streben zur «reinen Demokratie»

Für Fritz Fleiner und Zaccaria Giacometti war nicht die Homogenitätsklausel dafür verantwortlich, dass sich die Kantonsverfassungen im Hinblick auf ihre direktdemokratischen Institutionen bis heute weitgehend angeglichen haben. Für sie lag der Grund im gemeinsamen Ursprung der Kantone in der Regeneration und in der darauf folgenden «rein demokratischen Weiterbildung».¹⁶⁴ In diesem Sinne gewährleistete die Homogenitätsklausel, dass die minimalen Voraussetzungen vorlagen, auf dass diese rein demokratische Weiterbildung geschehen konnte. Die «Weiterbildung» der direktdemokratischen Institutionen geschah weitgehend aufgrund politischer Entscheidungen, Gerichte hatten in der frühen Periode des Bundesstaates keine staatsrechtlichen Entscheidungen zu fällen. Auch heute ist es noch so, dass die demokratischen Anforderungen an die Kantonsverfassungen grundsätzlich durch die Bundesversammlung überprüft werden. Da alle Kantone weit über das bundesverfassungsrechtliche Minimum direkter Demokratie hinausgehen, kommt Art. 51 Abs. 1 BV jedoch kaum selbständige Bedeutung zu. Dies deutet darauf hin, dass die Entscheidung über das Mass an direkter Demokratie tatsächlich weitgehend eine politische ist.

¹⁶¹ Vgl. etwa BGE 130 I 1 E. 3.1; BGE 127 I 60 E. 2.

¹⁶² Vgl. BGE 135 I 19 E. 5.

¹⁶³ BGE 129 I 232 E. 5.

¹⁶⁴ Fritz Fleiner/Zaccaria Giacometti, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949, S. 56.

V. Fazit

Ob und wie das repräsentative System durch direkte Demokratie ergänzt werden soll, ist eine Entscheidung an der Grenze zwischen Recht und Politik. Am offensichtlichsten zeigt sich dies im Entscheid *Pacific States Telephone & Telegraph Co.*, in welchem der US Supreme Court diese Frage als *political question* von sich wies. In der Schweiz oblag diese Entscheidung im 19. Jahrhundert weitgehend den politischen Organen, da das Bundesgericht in staatsrechtlichen Streitigkeiten keine Kompetenzen besass. In den Kantonen sollten mit direktdemokratischen «Mindeststandards» die verfassungsrechtlichen Bedingungen geschaffen werden, auf dass die Kantone in eigener (politischer) Entscheidung ins Zeitalter der «reinen Demokratie» eintraten. Diese Einladung war erfolgreich: Die Kantone haben ihren Bürgern heute viel weitergehende direktdemokratische Rechte eingeräumt, als es der Bund von ihnen verlangt und auf Bundesebene selber getan hat. Etwas anders liegt die Situation in Deutschland. Alle Bundesländer haben von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, direkte Demokratie in ihren Landesverfassungen einzuführen. Diese Rechte wurden jedoch mit vielfältigen Einschränkungen und Ausnahmen versehen, welche durch die Praxis der Landesverfassungsgerichte noch verschärft wurden. Diese Rechtsprechung stützt sich weitgehend auf das auch im Homogenitätsgebot des Grundgesetzes enthaltene Demokratieprinzip, welches in den Länderverfassungen meist wiederholt und durch die Ewigkeitsgarantie geschützt wird. So werden die Landesverfassungsgerichte im Hinblick auf direkte Demokratie zum eigentlichen Überverfassungsgeber, indem ihre Rechtsprechung gegenüber dem Landesverfassungsgeber immunisiert wird. Wie weit direkte Demokratie praktiziert werden darf, ist damit in Deutschland weitgehend eine Frage der Verfassungsgerichte geworden.

Die Grenze zwischen Recht und Politik wird hingegen in allen drei Staaten ähnlich gezogen. So bestimmen weitgehend die politischen Behörden, *ob* Verfahren der direkten Demokratie zulässig sein sollen. Bei der Frage, wie diese Verfahren konkret ausgestaltet werden sollen, kommt hingegen den Gerichten eine mehr oder weniger bedeutsame Stellung zu. Im Gegensatz zu den USA und der Schweiz fällt dabei in Deutschland auf, dass die Landesverfassungsgerichte sich bei dieser Aufgabe auf ein wertendes Konzept der Demokratie abstützen und die Verfahren der direkten Demokratie im Verhältnis zum repräsentativen System kritisch beurteilen. Entscheiden Gerichte aber über das grundsätzliche Verhältnis von direkter und repräsentativer Demokratie, so entscheiden sie über zentrale machtpolitische Fragen. Wieweit eine solche Entscheidung Verfassungsgerichten zustehen soll, ist eine verfassungspolitische Frage, die jede Rechtsordnung für sich zu beantworten hat. Dass in Deutschland Verfassungsgerichte diese Frage entscheiden, hat weniger mit den Besonderheiten der direkten Demokratie zu tun, als vielmehr mit

der zentralen verfassungspolitischen Stellung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland.¹⁶⁵

¹⁶⁵ Vgl. zur Bedeutung der verfassungsgerichtlichen Kontrolle für die Rechtsetzung in Deutschland etwa Matthias Herdegen, Verfassungsgerichtsbarkeit als *pouvoir neutre*, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 69 (2009), S. 257–266 (260 ff.).

MISCELLANEA

Jean Martin (1879–1962)

L'année 2012 marquait le cinquantième anniversaire de la disparition de Jean Martin. A cette occasion, nous nous devons d'évoquer le souvenir de cette personnalité, journaliste généreux, profondément engagé dans la vie genevoise et nationale et qui, au terme de sa carrière, s'était adonné à des travaux d'histoire.

Les années de formation

Jean Martin est né en 1879 à Genève dans une famille aisée. Son père était le pasteur Charles Martin (1843–1934) et son grand-père qui s'appelait aussi Charles (1790–1876) avait fait fortune en Angleterre dans l'industrie textile avant de rentrer à Genève en 1830. Sa mère, Pauline Duval (1847–1911), était la fille de Jacob-Louis Duval, professeur de droit, procureur général et petite fille de Jacob Duval joaillier de la cour impériale à St Petersburg avant de s'installer à Cartigny où il avait fait l'acquisition de la maison du colonel Charles Pictet, vendue par ses descendants en 1798. Sixième enfant de Charles Martin et de Pauline Duval, qui auront en tout dix enfants, il connaît une jeunesse heureuse parmi les nombreux frères, sœurs, cousins et cousines.

Après avoir obtenu sa maturité classique au Collège de Genève en 1897, Jean Martin entreprend des études de droit. Il adhère à la Société d'étudiants de Zofingue et devient membre du Comité central en 1901. Il accomplit avec zèle ses devoirs militaires, comme tous les hommes de la famille et paie ses galons d'officier. Tout au long de sa carrière, il passera de nombreuses semaines sous les drapeaux, ce qui le conduira au grade de lieutenant-colonel. En 1902, sa licence de droit en poche, il épouse, Mlle Mathilde Le Fort et commence sa vie professionnelle dans une étude d'avocats. Mais c'est plutôt la politique et le journalisme qui l'attirent, aussi, en 1908, il entre à la rédaction du *Journal de Genève* qu'il ne quittera qu'en janvier 1943.

Jean Martin journaliste

Au *Journal de Genève*, Jean Martin est successivement rédacteur à la rubrique locale, nationale et internationale. En politique locale et fédérale, Jean Martin se rattache aux idées de la droite libérale opposée aux radicaux, alliés

* Historienne et chargée de recherches, Genève

des socialistes. En janvier 1933, il devient directeur du quotidien. La nomination de Jean Martin, dont la ligne éditoriale très hostile à la gauche est conforme aux vœux du Conseil d'administration du Journal, entraîne le départ de William Martin (1888–1934)¹, rédacteur de politique étrangère unanimement respecté mais dont l'indépendance de vue est fortement critiquée par certains membres de ce Conseil.²

En politique internationale, Jean Martin se pose en ardent défenseur du libéralisme et des peuples opprimés. A cet égard, plusieurs causes lui tiennent particulièrement à cœur :

La Géorgie

En août 1920, Jean Martin entreprend un voyage en Géorgie pour le compte du *Journal de Genève*.³ Christianisée au III^e s., cette nation a dû constamment se battre au cours de son histoire pour préserver son indépendance, qu'elle a d'ailleurs perdue à plusieurs reprises. Au début du XIX^e s, elle est purement et simplement annexée par la Russie tsariste. Profitant de la Révolution russe, elle proclame son indépendance le 26 mai 1918, indépendance reconnue par tous les pays, y compris la Russie soviétique.

Invité par le nouveau gouvernement, Jean Martin visite la Géorgie dont la beauté l'enthousiasme. Il rencontre les personnalités politiques qui dirigent le jeune état dans une voie démocratique, en particulier, le Président Noe Jordania qui a étudié à l'Université de Genève. En dépit de l'optimisme et de la confiance affichée par ses interlocuteurs, Martin pressent que les « Bolchéviks » ont décidé de s'emparer de ce pays. Plusieurs articles relatent ce séjour et ces prévisions pessimistes. Les appréhensions de Martin sont justifiées puisque le 11 février 1921, sans déclaration de guerre, Moscou envahit la Géorgie qui est occupée après une résistance de six semaines.

Cette grossière violation du droit par le régime soviétique suscite un tollé de protestations et provoque chez Jean Martin une profonde hostilité à l'égard de la Russie soviétique, hostilité qui sera renforcée ultérieurement par l'invasion d'autres pays européens. A Genève, Martin déploie une énergie considérable à défendre la cause de ce pays en accueillant des personnalités en exil et en fondant, en 1925, l'*Association internationale pour la Géorgie*

¹ Précisons que William Martin n'avait aucun lien de parenté avec Jean Martin.

² Voir à ce sujet : *Un journal témoin de son temps. Histoire illustrée du "Journal de Genève", 1826-1998*, ouvrage publié sous la direction de Jean de Senarclens, Genève, 1999, pp. 66-69.

³ Les Lettres de Géorgie adressées au *Journal de Genève* de juillet à septembre 1920 ont fait l'objet d'un tiré-à-part. Voir aussi Jean Martin, *A travers l'Europe de 1898-1939*, Genève 1948, le récit de son voyage en Géorgie, pp. 99-114.

dont le but est le rétablissement de sa souveraineté et dont les activités se prolongeront au-delà de la Seconde guerre mondiale.

La Finlande

Jean Martin a également défendu avec passion, l'indépendance de la Finlande face à l'envahisseur soviétique. En juillet 1935 Jean Martin se rend à Helsinki pour le *Congrès de la fédération internationale des journalistes*.⁴ A cette occasion, il est reçu par le général Mannerheim, chef militaire, en charge de la défense du pays, fervent lecteur du *Journal de Genève*. Mannerheim lui confie qu'il redoute que la Russie ne cherche à reprendre possession de la Finlande qui faisait partie de l'Empire des tsars avant 1918. Lors de la Révolution russe, la Finlande avait, elle aussi, proclamé son indépendance le 6 décembre 1917, indépendance reconnue par Moscou (en janvier 1918) et par les pays européens.

Jean Martin est d'emblée séduit par l'intelligence et l'autorité de Mannerheim auquel il voue une profonde admiration. Aussi, à la fin de 1939, lors de l'agression soviétique, le *Journal de Genève* prend fait et cause pour le peuple finlandais dont l'esprit de résistance fait l'admiration de toute l'Europe occidentale. Mannerheim, qui a été nommé maréchal, est conscient de l'écrasante supériorité militaire des soviétiques. En conséquence, il développe une stratégie d'escarmouches et de guérilla menée par des soldats très mobiles à ski de fond. C'est à cette époque qu'est mise au point une bombe artisanale : « le cocktail Molotov », du nom du ministre des Affaires Etrangères de Staline, particulièrement détesté par tous les Finlandais.

Malgré une résistance acharnée, en mars 1940, la Finlande est contrainte de déposer les armes. La Russie impose un armistice dont les conditions sont très dures pour les Finlandais, mais qui a le mérite de préserver la souveraineté du pays. En 1941, lorsque l'Allemagne attaque la Russie, l'armée finlandaise, toujours commandée par Mannerheim reprend les combats pour récupérer les territoires qu'elle a dû céder en 1940. Elle ne les garde pas longtemps car en juin 1944, l'armée rouge reprend l'offensive en Finlande et oblige les Finlandais à battre en retraite. A nouveau, Mannerheim qui a été élu au mois d'août président de la Finlande, parvient à contenir l'avance soviétique et évite ainsi l'occupation totale du pays. A ce titre, aujourd'hui encore, le maréchal Mannerheim est considéré comme le héros de l'indépendance finlandaise.

Tout au long de la guerre, Jean Martin soutient la cause finlandaise dans des articles qui sont prolongés par une correspondance privée entre les deux hommes. Après la guerre, Mannerheim se retire en Suisse pour des raisons de

⁴ Voir Jean Martin, *A travers l'Europe*, *op.cit.* pp. 134-139.

santé. A cette occasion, il retrouvera Jean Martin à Genève en avril 1948 et sera invité à Cartigny.

Les prises de position de Jean Martin en faveur des peuples opprimés par des régimes totalitaires ont marqué ses contemporains, ainsi qu'en témoigne Albert Picot, ancien conseiller d'Etat :

*« A côté de ses activités helvétiques, Jean Martin apparut peu à peu, comme le journaliste européen qui, (...) défendait le mieux le droit des peuples à l'indépendance. Qu'il s'agisse de la Géorgie, de la Lettonie, de l'Estonie, de la Lituanie, des satellites, il fut l'avocat de ces peuples et les personnalités éminentes de ces nations vinrent le voir. Il fut et il est resté leur ami. »*⁵

La Société des Nations

A la fin de la Première Guerre mondiale, en 1919, l'idée de la Société des Nations (SDN), constitue un immense espoir. Le *Journal de Genève* soutient d'emblée le projet, Jean Martin partageant la conviction que la SDN permettrait de régler pacifiquement les conflits entre les états.

Il est question d'attribuer le siège de la nouvelle institution à Genève, mais la Suisse n'en est pas encore membre car elle doit se prononcer en votation populaire. Une forte opposition se développe dans le pays motivée par la crainte que l'adhésion ne compromette la neutralité suisse. Le résultat n'est, de loin, pas acquis. Finalement, grâce aux efforts déployés par les partisans de la SDN, qui se dépensent sans compter au cours d'une campagne harassante, le oui l'emporte le 16 mai 1920.⁶ La présence de la SDN amène dans la ville non seulement des diplomates et des fonctionnaires mais également des journalistes et diverses personnalités.

Doté d'un grand sens de l'hospitalité, Jean Martin prend très rapidement, en décembre 1920, l'initiative d'inviter à son domicile de la rue Beauregard (4^{ème} étage sans ascenseur !) des membres de délégations des pays les plus divers, dans le but de leur faire connaître des « indigènes » comme il le dit lui-même. Les « indigènes » sont ses frères, sœurs, beaux-frères et belles-sœurs qu'il a réquisitionnés pour l'occasion. Au total, une quarantaine de personnes qui sont très heureuses de se rencontrer et de faire de nouvelles connaissances.⁷ Il contribue également à fonder, en 1920, le Cercle de la Presse et des amitiés étrangères dont il devient le président. Lorsque Jean

⁵ Article nécrologique paru dans le *Journal de Genève*, le 15.1.1962

⁶ Voir Jean Martin, *A la Société des Nations. Scènes vécues*, Neuchâtel, 1944, pp. 12-15, l'auteur décrit la tension et l'agitation croissante qui règne dans les salles de rédaction du *Journal de Genève* le soir du vote.

⁷ Voir Jean Martin, *A la Société des Nations*, op. cit. pp.20-23.

Martin est nommé directeur du *Journal de Genève*, en 1933, il organise des réceptions plus importantes à Cartigny, ainsi que le relève Mme Martin dans son journal :

« Beau temps 1^{er} octobre. Plus de 100 Genevois et étrangers viennent chez nous. C'était la première Assemblée depuis la direction de Jean. Il fallait qu'il prenne contact avec le Conseil et les Délégations. »

Elle note la présence de Bénès, ministre des Affaires étrangères de Tchécoslovaquie, de Titulesco, ministre des Affaires étrangères de Roumanie.⁸ Dès lors, les réceptions à Cartigny ne se comptent plus. De nombreux délégués de la SDN, des fonctionnaires, des journalistes ainsi que des personnalités genevoises se retrouvent chez les Martin. Le Livre d'Or où Jean Martin a noté le nom de tous les invités et les dates des invitations en témoigne : en 1938, les réceptions des 17 et 18 septembre ont totalisé 470 invités et 37 pays représentés.

Cartigny

Lorsqu'il s'installe dans la « petite Maison Duval », dont il hérite de sa mère, en 1912, Jean Martin se trouve d'emblée en harmonie totale avec le village. Il aime la campagne, s'intéresse aux cultures et s'entretient volontiers avec les Cartiginois qu'il apprécie beaucoup. Madame Martin, pour sa part, participe activement à la vie du village et à celle de la paroisse. Elle est à l'origine de la fondation du Groupe de Cartigny du Costume genevois, en 1931. Elle s'occupe également avec le plus grand soin de son jardin qui fait l'admiration des visiteurs.

Jean Martin est également fort apprécié des habitants de la Commune puisqu'en 1920, à son retour de Géorgie, il apprend qu'en son absence et à son insu, il a été nommé au Conseil municipal. Il y restera jusqu'en 1927. Relevons que c'est à son initiative que Cartigny a adopté les armoiries de Bonivard, en 1922.

En février 1942, Jean Martin fait une chute, due à l'obscurcissement de la ville, en rentrant d'une soirée au Cercle français. Cette chute provoque un décollement de rétine qui doit être opéré. Des complications le contraignent à

⁸ Grâce à M. Fernando de Escoriaza, actuel propriétaire de la Maison Martin, un important fonds d'archives entreposé dans un grenier a été mis au jour et se trouve actuellement en cours de dépouillement. Parmi ces archives, on compte, entre autres, plus d'une vingtaine d'albums de photos soigneusement légendées que Jean Martin a constitués tout au long de son existence, de même que le Journal que Madame Martin tenait quotidiennement.

être hospitalisé pendant un mois. Il subit une nouvelle opération à la fin de juin et prend alors la décision de présenter sa démission de directeur du *Journal de Genève*.

Lorsqu'il prend sa retraite au début de 1943, il décide de vivre toute l'année dans sa résidence de Cartigny. Il se consacre dès lors à la rédaction d'ouvrages de souvenirs et d'histoire. Il s'était déjà attelé à un livre sur *Etienne Dumont (1759–1829)*⁹, frère de Lisette Duval-Dumont (mère de Jacob Duval), qui avait marqué de son esprit libéral, la vie politique genevoise du début du XIX^e siècle et qui a eu une grande influence sur ses neveux Duval. C'est d'ailleurs le père de Pauline Martin-Duval, le procureur général Jacob-Louis Duval qui a hérité des papiers d'Etienne Dumont.

En 1946, Jean Martin publie *Histoire et Traditions de Cartigny* qui demeure une source d'informations essentielle. A ce sujet, il faut relever que Mme Martin a apporté une aide considérable à son mari dont la vue était affaiblie. La préparation du livre sur Cartigny a amené M. et Mme Martin à recueillir des témoignages oraux d'anciennes personnes du village, récits qui ont été précieusement transcrits et conservés par Mme Martin.¹⁰ En 1949, paraît *Charles Martin père et fils*, qui retrace l'histoire de la nombreuse famille Martin. D'autres publications relatent par la suite des souvenirs de ses voyages et de ses activités journalistiques.

Tout au long de son existence, Jean Martin a présenté des conférences dans des cadres très divers. Il racontait ses voyages, ses expériences de journaliste, de militaire et, après sa retraite, son travail d'historien. A trois reprises, il a fait des communications à la *Société d'Histoire et d'Archéologie* de Genève, notamment le 8 novembre 1945 à propos de son livre sur Cartigny. Il a lui-même remis à la *Bibliothèque publique et universitaire* les textes de ses conférences, ses manuscrits, sa correspondance et l'ensemble de ses papiers qui ont été inventoriés. Souvent, les conférences de Jean Martin étaient agrémentées de clichés, car Martin a été un infatigable photographe, preuve en sont les albums de photos et les plaques de verre retrouvés dans le grenier de sa maison, qui nous livrent des documents exceptionnels.

Après son décès, le 13 janvier 1962, Madame Martin-Le Fort a publié un ouvrage réunissant différents textes de son mari, emblématiques de sa carrière dans lequel on trouve la liste des publications de Jean Martin.¹¹ L'ouvrage est complété par des témoignages de membres de la famille Martin, d'amis, de

⁹ Jean Martin, *Etienne Dumont 1759-1829, l'ami de Mirabeau, le voyageur, le patriote genevois*, Neuchâtel, 1942.

¹⁰ L'*Histoire et Traditions de Cartigny* de Jean Martin, Genève, 1946, est actuellement épuisé. Le Groupe de recherches historiques de Cartigny en a établi une version on-line qu'on peut consulter sur le site www.grhc.info.

¹¹ Voir *Jean Martin 1879-1962. Textes et souvenirs*. Genève, 1965, pp. 164-167.

collègues, et de connaissances, qui tous évoquent la chaleureuse hospitalité avec laquelle ils étaient reçus à Cartigny. Ainsi ce témoignage d'un habitant du village :

« Laissez-moi vous dire avec quelle douloureuse surprise nous avons appris la mort de M. Jean Martin. Je n'oublie pas l'accueil toujours si cordial que nous avons trouvé auprès de vous pendant ces deux étés de guerre que nous avons passés à Cartigny. Le bon sens et l'optimisme de M. Martin qui n'a jamais douté de la victoire finale de l'Angleterre même aux jours les plus sombres où tout semblait irrémédiablement perdu, étaient un précieux réconfort. (...) »

Les jeunes générations ne se rendent pas suffisamment compte aujourd'hui de la place qu'a occupée M. Martin dans notre vie genevoise et du rôle qu'il a joué dans la politique fédérale.

Mais nous, les aînés, nous savons les combats qu'il a menés pour la défense du libéralisme et du fédéralisme et aussi l'audience qu'il avait dans le monde international. »¹²

¹² Lettre de Luc Monnier in *Textes et souvenirs*, op. cit, p. 183.

